

PROBLEME DER ERLEDIGUNG IM RAHMEN
DES § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO

Franz Mikorey

1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553801_0040

PROBLEME DER ERLEDIGUNG IM RAHMEN

DES § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Franz Mikorey

München 1970



Referent: Privatdozent ORR Dr. H. SCHOLLER

Korreferent: Prof.Dr. P. LERCHE

Tag der mündlichen Prüfung: 11.2.1971

Meinem Vater Franz Mikorey
und
meinem Stiefvater Curt Boettcher
in Dankbarkeit gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Vorbemerkung	
1. Kapitel:	
Die dogmatische Einordnung des § 113 Abs. 1	
Satz 4 VwGO in das Rechtsschutzsystem der VwGO	1
I. Die Rechtsnatur der Klage nach	
§ 113 Abs. 1 Satz 4	1
1. Allgemeines	1
2. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist jedenfalls materiell eine Fest- stellungsklage	2
3. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist aber auch prozessual eine Fest- stellungsklage	3
a) Die Klage wird mit einem Fest- stellungsurteil abgeschlossen	3
b) § 113 Abs. 1 Satz 4 erfordert die besondere Überprüfung eines Fest- stellungsinteresses	4
c) Die Feststellung des Gerichts erfolgt nur nach Stellung eines Feststellungs- antrags	5
d) Der Standort des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Gesetz spricht nicht gegen eine Feststellungsklage	6
4. Das Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 43 VwGO	8
II. Stellt der Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO eine Klageänderung dar?	12
1. Allgemeines	12
2. Anwendungsfall der §§ 173 VwGO, 268 Nr. 2 ZPO	13
3. Die grds. Unanwendbarkeit des § 91 VwGO im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4	16
4. Das Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 142 VwGO	17

2. Kapitel:

Die "Erledigung" des VA als entscheidender Anknüpfungspunkt in § 113 Abs. 1 Satz 4 (Inhalt und Bedeutung des Begriffes "Erledigung" im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4) 19

I.	Erledigung i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 ist ein außerprozessuales Ereignis	19
1.	Gegenüberstellung der Erledigungsbe- griffe in den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 161 Abs. 2	19
2.	Berührungspunkte dieser beiden Erledigungsbegriffe	25
3.	Die Erledigung des VA ist eine un- abdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung des Feststellungsantrags	27
II.	Die allgemeinen Voraussetzungen der Erledigung eines VA	28
1.	Wegfall der Beschwer - Gegenstandsloswerden eines VA	28
2.	Zu den Folge- oder Nebenwirkungen eines VA	31
3.	Erledigung auch ex nunc?	34
III.	Der Erledigungsbegriff in § 113 Abs. 1 Satz 4 und seine möglichen Bezugspunkte zu Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage	35
1.	Die Erledigung des VA als ein von Zu- lässigkeit und Begründetheit unab- hängiger Begriff	35
2.	Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage als Zulässigkeitsvoraussetzung des Feststellungsantrags	39
3.	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Erledigung des ange- fochtenen VA	40
4.	Mit der Erledigung des VA wird die An- fechtungsklage unzulässig	42
IV.	Erledigung des VA "durch Zurücknahme oder anders ..."	44

1. Erledigung durch "Zurücknahme", Erlaß eines neuen VA oder Erlaß eines Widerspruchsbescheids	45
a) durch "Zurücknahme"	45
aa) Wortauslegung	45
bb) Zur Berechtigung der Behörde, einen streitbefangenen VA auf- zuheben	46
cc) Die nichtige "Zurücknahme"	47
b) durch Erlaß eines neuen VA	49
aa) Allgemeines	49
bb) Wann liegt ein "neuer" VA vor?	50
cc) Auswirkungen des neuen VA auf den angefochtenen VA und auf die Klage ...	52
c) Erledigung bei nachgeholtem Vor- verfahren	61
2. Erledigung durch Vollzug	62
3. Erledigung durch Zeitablauf	65
4. Erledigung durch Änderung der für den VA maßgebenden Sachlage	66
a) Allgemeines	66
b) Tod des Klägers	67
5. Erledigung durch Änderung der für den VA maßgebenden Rechtslage	71
a) Grundsätzlich keine Erledigung durch Rechtsänderungen	71
b) Ausnahme	81
V. Teilerledigung eines VA	84
VI. Die Erledigung eines nichtigen VA	88

3. Kapitel:	
§ 113 Abs. 1 Satz 4 und der Zeitpunkt der Erledigung des VA	91
I. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist direkt nur anwendbar, wenn sich der VA nach Klage- erhebung erledigt (Auslegung des Wörtchens "vorher")	91
II. Klagemöglichkeiten, wenn sich der VA vor Klageerhebung erledigt hat	96
1. Unzulässigkeit der Anfechtungsklage gem. § 42 VwGO	96
a) Allgemeines	96
b) Die "Existenz" eines erledigten VA	97
c) Ein erledigter VA kann nicht mehr "gegenwärtig in Rechten verletzen"	98
d) Ein erledigter VA kann nicht mehr gestaltend aufgehoben werden	101
e) Die Anforderungen an das Rechtsschutz- bedürfnis bei einer Anfechtungsklage	112
2. Unzulässigkeit der allgemeinen Fest- stellungsklage gem. § 43 VwGO	112
a) Der VA ist kein Rechtsverhältnis i.S. des § 43	112
b) Versuche, ein dem VA "vorgängiges" oder ihm entspringendes Rechtsver- hältnis zum Gegenstand der Klage zu machen	113
c) Zur vorbeugenden Feststellungsklage	121
3. Es besteht eine Lücke im Rechtsschutz- system der VwGO	122
4. Verfahrensmäßige Ausfüllung dieser Ge- setzeslücke durch eine ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art entspre- chend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO	128
III. Erfordert diese Klage die Einhaltung der §§ 68 ff.?	133
1. Zum Vorverfahren	133
a) Die Klageart allein ist nicht ent- scheidend	133

	Seite
b) Die möglichen Zeitpunkte der Erledigung	136
c) Konstruktive Schwierigkeiten	136
d) Argumente gegen die Durchführung eines Vorverfahrens	139
e) Das Argument der Entlastung der VGe greift nicht durch	144
f) Besonderheiten bei Klagen aus einem Beamtenverhältnis	145
g) Zwischenergebnis	146
h) Zu dem Fall, daß sich der VA während Rechtshängigkeit, aber vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt	146
i) Die Möglichkeit eines formlosen Verfahrens	148
2. Zur Klagefrist	149
a) Die Klageart allein ist nicht entscheidend	149
b) Zwei Fallgruppen	150
aa) Der VA erledigt sich nach Versäumung der Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 VwGO) bzw. der Anfechtungsfrist (§ 74 Abs. 1 VwGO)	150
bb) Der VA erledigt sich vor Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach rechtzeitig eingelegtem Widerspruch, jedoch noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist	152

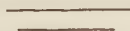
4. Kapitel:

§ 113 Abs. 1 Satz 4 und die Erledigung einer "sonstigen Amtshandlung" (Realakt)	161
I. Der Streit um den VA-Begriff in der VwGO	161
II. Die nachträgliche Feststellungsklage eigener Art	163
III. Die ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art	164
1. Ausweitung des VA-Begriffs	164
2. Die Konsequenzen	166
3. Rechtsschutz gegen Polizeieinzelakte	167
4. Zur Klagefrist	168

5. Kapitel:

§ 113 Abs. 1 Satz 4 und die Erledigung eines Verpflichtungs-, allgemeinen Feststellungs- oder allgemeinen Leistungsbegehrens	169
I. Verpflichtungsklage	169
1. Der Anwendungsbereich der Verpflichtungs- klage	169
2. Die verschiedenen Formen der Ver- pflichtungsklage	170
a) Klage auf Erlass eines abgelehnten VA nach erfolglos durchgeführtem Vorverfahren (Versagungsgegenklage)	170
aa) Zum Erledigungsbegriff	170
bb) Die Gründe für eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 ..	172
cc) Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Bereich der Ermessens- verwaltung	176
dd) Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 113 Abs. 4	177
b) Klage auf Erlass eines unterlassenen VA (§ 75 Satz 1 2. Alt.)	178

	Seite
aa) Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage	178
bb) Die Gründe für eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 ..	179
cc) Zu den Feststellungsanträgen im einzelnen	182
c) Klage bei Nichtbescheidung eines Widerspruchs	183
aa) Klage auf Vornahme eines abgelehnten VA (§ 75 Satz 1 2. Alt.)	183
bb) Klage auf Widerspruchsbescheidung...	184
3. Erledigung vor Rechtshängigkeit	186
II. Allgemeine Feststellungsklage	187
III. Allgemeine Leistungsklage	190
Schlußwort	191
Literaturverzeichnis	192



ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
ausdr.	ausdrücklich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayBZ	Bayerische Beamtenzeitung
BayVB1	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BSG	Bundessozialgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsver- fassungsgesetz
eigtl.	eigentlich
Entsch.	Entscheidung
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
grdl.	grundlegend

h.M.	herrschende Meinung
i.d.Hpts.	in der Hauptsache
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MRVO Nr. 165	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung Deutschland - Britisches Kontrollgebiet
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhl.-Pf.	Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Schriftt.	Schrifttum
sog.	sogenannt
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
v.A.w.	von Amts wegen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanisch besetzte Zone von 1946/47
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Württ.-Bad.	Württemberg-Baden
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

VORBEMERKUNG

Diese Arbeit hat sich nicht die Aufgabe gestellt, die Probleme des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in einer Art systematischer Gesamtschau darzulegen. Das läßt sich bereits der einschränkenden Formulierung des Themas entnehmen. Der Schwerpunkt liegt auf den Problemen der Erledigung im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.

Diese Spezialisierung des Themas bringt es mit sich, daß eine Reihe prozessualer Fragen, die keinen unmittelbaren Bezugspunkt zum Problemkreis "Erledigung" haben, nicht gesondert behandelt wird. Hier wäre etwa die Zulässigkeitsvoraussetzung des "berechtigten Interesses" zu erwähnen, um die in Schrifttum und Rechtsprechung ein heftiger Streit entbrannt ist. Diese für § 113 Abs. 1 Satz 4 zentrale Frage wurde in dieser Arbeit bewußt ausgeklammert.

Nicht wurde die Einschränkung des Themas allerdings so verstanden, daß lediglich das Erledigungsereignis als außerprozessualer Vorgang einer isolierten Untersuchung unterzogen werden sollte. Die Erledigung des VA nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist zwar ein prozeßfremder Vorgang, doch zwingt die Tatsache, daß die Erledigung des VA der prozessuale Anknüpfungspunkt der Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist, dazu, die Probleme der Erledigung in einen größeren Zusammenhang zu stellen.

Darüber hinausgehend war noch zu berücksichtigen, daß im Interesse eines besseren Gesamtverständnisses wenigstens in groben Umrissen geklärt werden mußte, um welche Klage es sich in § 113 Abs. 1 Satz 4 überhaupt handelt. Erst dann ist die Ausgangsbasis dafür geschaffen, sich innerhalb des § 113 Abs. 1 Satz 4 mit einem spezielleren Problem zu befassen. Diese Überlegung gab Anlaß für die Abfassung des 1. Kapitels.

Die weiteren 4 Kapitel dieser Arbeit lassen sich jeweils mit gewissen Einsatzfragen motivieren und einordnen:

Das 2. Kapitel entspricht der zuallererst auftauchenden Frage, was § 113 Abs. 1 Satz 4 unter "Erledigung" eines VA verstanden wissen will. Hier werden also Inhalt und Bedeutung dieses Begriffs im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4 untersucht.

Im folgenden 3. Kapitel wird darauf aufbauend der Frage nachgegangen, wann sich ein VA erledigen kann und welche Konsequenzen sich aus den verschiedenen Zeitpunkten der Erledigung ergeben können.

Dem 4. und 5. Kapitel liegt die Frage zugrunde, ob die Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 zwingend voraussetzt, daß ein mit der Anfechtungsklage angefochtener oder zumindest anfechtbarer VA sich erledigt.

Im Rahmen der letzten 3 Kapitel wird sich zeigen, daß der Anwendungsbereich des § 113 Abs. 1 Satz 4 einer erheblichen Ausweitung bedarf.

Abschließend sei noch bemerkt, daß diese Arbeit nicht den Anspruch erhebt, das ihr zugrundeliegende Thema erschöpfend zu behandeln. Das wurde von vorneherein nicht angestrebt. Es sollten vielmehr lediglich dem Verfasser wichtig erscheinende Gesichtspunkte ausgewählt werden, wobei in Kauf genommen werden muß, daß die getroffene Auswahl als das Ergebnis subjektiver Entscheidungen auch nur "subjektiv" "richtig" sein kann.

1. Kapitel:

DIE DOGMATISCHE EINORDNUNG DES § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO

IN DAS RECHTSSCHUTZSYSTEM DER VwGO

(eine Voruntersuchung)

I. Die Rechtsnatur der Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4

1. Allgemeines

Hat sich der Verwaltungsakt (VA) nach¹⁾ Erhebung der Anfechtungsklage erledigt und stellt der Kläger nun den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, so stellt sich die Frage, ob dieser Antrag den Übergang zu einer anderen Klageart darstellt oder nicht. Daß die Meinungen in diesem Punkt in der Tat auseinandergehen, wird schon dadurch deutlich, daß die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 von WOLFF²⁾ als "nachträgliche Feststellungsklage", von OBERMAYER³⁾ und EYERMANN-FRÖHLER⁴⁾ hingegen als "nachträgliche Anfechtungsklage" bezeichnet wird. Diese beiden Begriffe beinhalten bereits schlagwortartig die ganze Problematik der hier angeschnittenen Frage und stecken die Fronten einigermaßen sinnfällig ab.

1) Ohne vorgreifen zu wollen, muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß dieses Kapitel lediglich den Fall behandelt, daß sich der VA n a c h Klageerhebung erledigt hat. Wie wir später noch sehen werden, geht § 113 Abs. 1 Satz 4 nach ganz herrschender Meinung von dieser Fallsituation aus. Die Frage, ob eine Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 auch dann in Frage kommt, wenn sich der VA bereits vor Klageerhebung erledigt hat, und wenn ja, welche Klage dann zu erheben ist, bleibt einem späteren Kapitel vorbehalten. Wird in diesem Kapitel von der Rechtsnatur der Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 gesprochen, so ist damit also lediglich die sog. "nachträgliche Feststellungsklage" gemeint.

2) § 172, III, c.

3) Obermayer, Lehrbuch, S. 246.

4) § 113, Anm. 51.

Abgesehen von vereinzelt Sonder- und Zwischenmeinungen geht der Streit also darum, ob die anhängige Anfechtungsklage nach Stellung des Feststellungsantrags prozessual eine Anfechtungsklage bleibt oder ob mit Stellung des Feststellungsantrags aus der bisherigen Anfechtungsklage prozessual eine Feststellungsklage wird. Für beide Auffassungen lassen sich eine Reihe von Argumenten anführen, doch wird das Pendel im Einklang mit der wohl überwiegenden Meinung¹⁾ im Schrifttum zugunsten der Feststellungsklage ausschlagen. Das sei zunächst vorweggenommen.

Als weitere Frage schließt sich in diesem Zusammenhang dann an, ob die Stellung des Antrags gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 eine Klageänderung i.S. des § 91 VwGO darstellt oder nicht.

2. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist jedenfalls materiell eine Feststellungsklage

Vorerst wenden wir uns allerdings der Frage zu, welchen Rechtscharakter die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 trägt. Als Tatsache, die sich jedem Theorienstreit entzieht, kann vor allem festgehalten werden:

Hat sich der VA während des Anfechtungsverfahrens erledigt und stellt der Kläger daraufhin den Feststellungsantrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4, so begehrt er, im Gegensatz zu seinem bisherigen Klagebegehren, vom Gericht eine Feststellung, nämlich daß der angefochtene VA rechtswidrig war. Es handelt sich bei der Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 also jedenfalls materiell um eine Feststellungsklage. Das ist unbestreitbar und daher auch nicht Gegenstand des hier interessierenden Meinungsstreits. So sprechen auch die Verfechter der Auffassung, daß es sich bei der Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 "im Kern"²⁾ um eine Anfechtungsklage handle, davon, daß die Anfechtungsklage sich ma-

1) Vgl. Müller-Tochtermann, VerwArch. Bd. 53, 45 ff.

2) Eyermann-Fröhler, § 113, 51.

teriiell in eine Feststellungsklage umwandle.¹⁾ Daraus erhellt auch, daß der Schluß, ^{bei} eine materielle Feststellungsklage müsse auch prozessual/den Feststellungsklagen eingeordnet werden, durchaus nicht zwingend und selbstverständlich ist.

3. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist aber auch prozessual eine Feststellungsklage

(Die einzelnen Argumente betreffend die Rechtsnatur der Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO)

- a) Die Klage wird mit einem Feststellungsurteil abgeschlossen

Die Tatsache allein, daß das Endurteil eine Feststellung enthält und somit Feststellungsurteil ist, läßt nicht zwingend einen Rückschluß auf den Rechtscharakter der Klage zu.²⁾ MENDER³⁾ bezeichnet einen derartigen Rückschluß vom Inhalt des Urteils auf den Rechtscharakter der Klage schlechtweg als logischen Fehlschluß. Das ist insofern richtig, als nicht jede Klage, die mit einem Feststellungsurteil abgeschlossen wird, eine Feststellungsklage gewesen sein muß. So sind alle klagabweisenden Urteile feststellenden Inhalts (negative Feststellungsurteile), ohne daß ihnen eine Feststellungsklage vorausgegangen sein müßte. Jede abgewiesene Leistungs- oder Gestaltungsklage endet mit einem Feststellungsurteil.

Daß die sog. "nachträgliche Feststellungsklage" mit einem Feststellungsurteil abgeschlossen wird, kann demnach nicht

1) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 113, 40 und auch Württ.Bad. VGH vom 1.10.56 = VRspr. 9, Nr. 120 bzw. vom 12.3.57 = VRspr. 10, 228. Nur so ist auch folgende, widersprüchlich scheinende Bemerkung Eyermann-Fröhlers (§ 42, 6) verständlich: "Im Ausnahmefall des § 113 Abs. 1 Satz 4 ist die Anfechtungsklage Feststellungsklage."

2) Menger, System, S. 164; Schlochauer, AöR Bd. 79, 185; Obermayer, Lehrbuch, S. 259; Bergmann, NJW 59, 500; Fenge, Diss., S. 47;

3) Menger, System, S. 164.

als entscheidendes Kriterium dafür herangezogen werden, daß es sich um eine Feststellungsklage im prozeßrechtlichen Sinn handelt. Doch unterscheiden sich die im Verfahren gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 ergehenden Feststellungsurteile in zwei entscheidenden Punkten von den negativen Feststellungsurteilen, die auf eine abgewiesene Leistungs- oder Gestaltungsklage hin ergehen. Zum einen ist im Verfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 4 das Feststellungsinteresse des Klägers gesondert zu prüfen, zum anderen kann in diesem Verfahren das Feststellungsurteil nur auf besonderen Antrag hin erlassen werden.

Beide Besonderheiten verbieten einen Vergleich mit den negativen Feststellungsurteilen bei Klageabweisung.

b) § 113 Abs. 1 Satz 4 erfordert die besondere Überprüfung eines Feststellungsinteresses

Die besondere Überprüfung des Feststellungsinteresses¹⁾ spricht entschieden gegen eine Anfechtungsklage, da bei der Anfechtungsklage im Gegensatz zur Feststellungsklage diese besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses keine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Die gegen-
teilige Meinung Mengers,²⁾ daß die im Gesetz besonders erwähnte Prozeßvoraussetzung des Feststellungsinteresses den Rückschluß auf eine besondere Form der Feststellungsklage ebenso wenig zulasse wie die Tatsache, daß das Verfahren mit einem Feststellungsurteil abgeschlossen werde, ist wenig überzeugend. Menger führt aus:

1) Vereinzelt wird allerdings auch die Meinung vertreten, ein besonderes Feststellungsinteresse müsse nicht nachgewiesen werden, dieses liege vielmehr immer dann schon vor, wenn die Anfechtungsklage begründet war; vgl. Schöffner, DÖV 52, 455 ff. Das ist jedoch eine absolute Mindermeinung.

2) Menger, System, S. 242.

"Die Besonderheit dieser Feststellungsurteile ist nur darin zu erblicken, daß hier das Feststellungsinteresse des Klägers gesondert zu überprüfen ist. Das erklärt sich jedoch ohne weiteres daraus, daß das Rechtsschutzinteresse des Beklagten an einem klagabweisenden Urteil von vorneherein aus der gegen ihn angestregten Klage folgt, während in unseren Fällen der Kläger als Angreifer, dessen Angriff plötzlich ins Leere stößt, ein solches Interesse an der weiteren Verfolgung seines Angriffs mit geänderter Richtung dartun muß. Denn ein Urteil, welches nur feststellt, daß der geltend gemachte Klageanspruch nicht besteht oder daß die Klage unzulässig ist, ist weniger als ein Urteil, welches feststellt, daß die Gründe, welche ein obsiegendes Urteil gerechtfertigt hätten, nämlich die Fehlerhaftigkeit des VAs, zur Zeit der Klageerhebung vorgelegen haben. Dieses 'Mehr' in der gerichtlichen Feststellung muß durch ein besonderes Feststellungsinteresse gerechtfertigt sein."

Diese angeblichen Gegenargumente sind m.E. gar keine. Es wird lediglich dargetan, warum anders als bei den negativen Feststellungsurteilen bei Klageabweisung hier ein besonderes Feststellungsinteresse zu verlangen ist, weil nämlich ein "Mehr" in der gerichtlichen Feststellung gegeben sei. Dem ist in vollem Umfange zuzustimmen, doch ist nicht einzusehen, inwiefern diese Ausführungen der Annahme einer Feststellungsklage widersprechen sollten. Man könnte ebenso gut umgekehrt argumentieren und sagen, gerade dieses "Mehr" mit der Konsequenz des besonderen Feststellungsinteresses mache die Klage zu einer Feststellungsklage im prozeßrechtlichen Sinn. Hier wird wieder einmal deutlich, wie an und für sich gleiche Argumente in den Dienst gegensätzlicher Meinungen gestellt werden können.

c) Die Feststellung des Gerichts erfolgt nur nach
Stellung eines Feststellungsantrags

Doch ist das entscheidende Merkmal dafür, daß die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 eine echte Feststellungsklage ist, darin zu erblicken, daß die Feststellung des Gerichts nicht v.A.w. ergeht, sobald sich der angefochtene VA erledigt hat, sondern daß ein b e s o n d e r e r A n t r a g gestellt wer-

den muß.¹⁾ Dieser Antrag ist ein Feststellungsantrag: wird er nicht gestellt, so kann eine Entscheidung zur Sache nicht ergehen. Nicht gefolgt wird somit der Ansicht OBERMAYERS,²⁾ daß hinsichtlich des Antrags lediglich ein formaler Unterschied zwischen der Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 und den "gewöhnlichen Anfechtungsklagen" bestehe, der es nicht rechtfertige, die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 den für die Anfechtungsklagen geltenden Vorschriften zu entziehen. Dieser Formulierung OBERMAYERS ist wohl zu entnehmen, daß dieser Feststellungsklagen im prozeßrechtlichen Sinn nur in dem von § 43 VwGO abgesteckten Rahmen anerkennen will, d.h. mit anderen Worten ausgedrückt: ist Gegenstand der gerichtlichen Feststellung weder ein Rechtsverhältnis noch die Nichtigkeit eines VAS, so können Formalien wie etwa ein Feststellungsantrag eine Klage nicht zur Feststellungsklage machen. Auf diese Argumentation wird nachher noch zurückzukommen sein.

Als vorläufiges Ergebnis kann man nach dem bisher Gesagten folgendes feststellen: Die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 ist eine Feststellungsklage im prozeßrechtlichen Sinn. Dabei ist nicht die Tatsache allein entscheidend, daß ein Feststellungsurteil ergeht, sondern vielmehr, daß dieses nur auf besonderen Feststellungsantrag hin ergehen kann und das berechtigte Interesse des Antragstellers besonders zu überprüfen ist.

- d) Der Standort des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Gesetz spricht nicht gegen eine Feststellungsklage

Diesem Ergebnis wird vereinzelt entgegengehalten, § 113 Abs. 1 Satz 4 stehe im Zusammenhang mit den Vorschriften für

1) Fenge, Diss., S. 48; Bergmann, NJW 59, 500; nicht von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß der Antrag nicht ausdrücklich gestellt zu werden braucht (Eyermann-Fröhler, § 113, Anm. 48; BVerwG, DVBl. 57, 58), sondern dem Vorbringen des Klägers entnommen werden kann.

2) Obermayer, Lehrbuch, S. 259.

das Urteil bei Anfechtungsklagen¹⁾ und der Ausspruch nach § 113 Abs. 1 Satz 4 sei daher als ein im Anfechtungsverfahren ergehender Urteilsspruch anzusehen.²⁾ Dieser Rückschluß von dem Standort des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Gesetz auf den Rechtscharakter dieser Klage ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ebenso wie die Auslegung allein auf Grund des Standorts einer Vorschrift unvollkommen und mangelhaft ist, ist auch dieser Rückschluß aus eben diesen Gründen nicht zwingend. Des weiteren ist es naheliegend, daß der Gesetzgeber den § 113 Abs. 1 Satz 4 innerhalb der Vorschriften über das Urteil bei Anfechtungsklagen untergebracht hat, da dem Verfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 4 regelmäßig eine Anfechtungsklage vorausgeht.³⁾ Im übrigen steht diese rein formale Argumentation im Widerspruch zu Art und Ziel der Klage, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VAs gerichtet ist. "Diese Klage zielt nicht auf die Beseitigung eines den Kläger beschwerenden oder auf die Vornahme eines ihn begünstigenden VA; bei ihr geht es um die nur deklaratorische Klärung der Frage, ob der nicht mehr wirksame und auch nicht mehr rückgängig zu machende VA rechtmäßig oder rechtswidrig war."⁴⁾

Diese Umstände sprechen offensichtlich dafür, daß es sich bei diesem Rechtsschutzbegehren um keine Anfechtungsklage, sondern um eine Feststellungsklage handelt. Der Einwand, § 113 Abs. 1 Satz 4 stehe im Zusammenhang mit den Vorschriften über das Urteil bei Anfechtungsklagen, muß dahinter zurücksinken.

1) Vgl. Menger, VerwArch. Bd. 48, 352; BVerwG, DVBl. 67, 379.

2) Schenke, BayVBl. 69, 304.

3) Nicht berücksichtigt ist hier die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 113 Abs. 1 Satz 4 auf Erledigung des VAs vor Klageerhebung, Verpflichtungsklage etc. Dazu siehe unten S. 96 ff.

4) So das BVerwG, DVBl. 67, 379, allerdings für den Fall, daß der VA sich bereits vor Klageerhebung erledigt hatte; dennoch ist dieses Zitat m.E. auch hier verwendbar.

4. Das Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4
und 43 VwGO

Nicht zuletzt wird der Auffassung, die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 sei eine echte Feststellungsklage, entgegengehalten, das sei schon deshalb unhaltbar, weil es sich bei der echten Feststellungsklage (gemeint ist § 43 VwGO) nicht um die Rechtswidrigkeit einer behördlichen Maßnahme, sondern um einen Rechtsstreit über das Bestehen oder das Nichtbestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses handle.¹⁾ § 43 VwGO enthalte eine erschöpfende Regelung der Feststellungsklage,²⁾ eine Feststellungsklage außerhalb des § 43 VwGO könne es mithin nicht geben, insbesondere kenne das Verfahren keine Klage auf Feststellung, daß ein VA "rechtswidrig" oder "aufhebbar" sei oder gewesen sei. Aus § 113 Abs. 1 Satz 4 dürfe nicht das Gegenteil geschlossen werden.³⁾ Bei § 113 Abs. 1 Satz 4, so wird weiter argumentiert, handele es sich daher nicht um eine Klage besonderer Art, sondern um einen Antrag innerhalb eines Verfahrens, das durch eine Anfechtungsklage eröffnet worden sei, sich dann aber in der Hauptsache erledigt habe.⁴⁾ Die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 sei also richtiger als "abgewandelte Anfechtungsklage"⁵⁾ zu bezeichnen.

Im Rahmen dieses Fragenkomplexes wird notwendig die Frage aufzuwerfen sein, um welche Art von Feststellungsklage es

-
- 1) Koehler, § 113, D II 7; Schenke, BayVBl. 69, 304 (305).
 - 2) Meyer, DVBl. 56, 191, allerdings zu § 52 MRVO; OVG Münster, DÖV 55, 473 (474); a.A. vgl. OVG Hamburg, DVBl. 67, 422 (424); Müller, DÖV 65, 38 (42); "Bedenken" bei Wittig, BayVBl. 64, 394 (395).
 - 3) Vgl. Brauer, MDR 51, 457, allerdings noch zu § 75 I 2 MRVO.
 - 4) Vgl. Brauer, a.a.O.
 - 5) Obermayer, Lehrbuch, S. 259; Meyer, DVBl. 56, 191; weiterhin für Anfechtungsklage: Menger, System, S. 241; Eyermann-Fröhler, § 113, 40; Koehler, § 113, D II 7; Ule, S. 170; Klinger, § 113, C 1 unentschieden.

sich bei der sog. "nachträglichen Feststellungsklage" handelt. Zunächst ist im Einklang mit der ganz herrschenden Meinung zuzugeben, daß der VA selbst kein Rechtsverhältnis i.S. des § 43 VwGO ist, sondern lediglich eines begründen, verändern oder beenden kann.¹⁾ Ebensowenig wie der VA selbst können auch die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit oder die Berechtigung der Behörde, ihn zu erlassen, ein Rechtsverhältnis sein.²⁾ Daraus jedoch den angeblich logisch unanfechtbaren Schluß ziehen zu wollen, die nachträgliche Feststellungsklage sei keine Feststellungsklage im wahren Sinn, weil eine solche nur für die Feststellung von Rechtsverhältnissen, nicht aber für die Feststellung der Rechtswidrigkeit behördlicher Akte denkbar sei, wäre übereilt und durchaus nicht entsprechend den Gesetzen der Logik der einzig gangbare Weg. Jedenfalls sind diese Überlegungen nicht dazu geeignet, einen Beweis dafür zu erbringen, daß die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht auch eine Feststellungsklage darstellen könne.³⁾ Es ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber nicht im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4 eine Klage auf

1) Eyermann-Fröhler, § 43, 8 mit zahlreichen Literaturangaben.

2) Bergmann, VerwArch. Bd. 49, S. 359 Anm. 77; Naumann, Diss., S. 347 ff. ist der gegenteiligen Ansicht, daß in den Fällen des § 113 Abs. 1 Satz 4 (bzw. §§ 75 I 2 MRVO oder 79 I 2 VGG) nichts anderes begehrt werde, als ein - ohne besondere Klage zulässiges - Feststellungsurteil aus §§ 52 MRVO bzw. 34 VGG. Naumann reiht die nachträgliche Feststellungsklage somit in die allgemeinen Feststellungsklagen ein. Seiner Ansicht nach ist Streitgegenstand ein vergangenes Rechtsverhältnis, da der Antrag die gerichtliche Feststellung betreffe, daß oder wie die vor Erlaß des VAs von der Behörde als erfüllt erachteten, den Akt rechtfertigenden rechtlichen Beziehungen zum Adressaten nicht bestanden. (Ähnlich Renck, NJW 65, 1791 f.) - Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Ein VA ist eben gerade kein Rechtsverhältnis. Das kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß man sagt, eigentlich sei nicht der VA, sondern das diesem vorgängige Rechtsverhältnis Streitgegenstand.

3) Bergmann, VerwArch. Bd. 49, S. 359 Anm. 77.

Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VAs zugelassen haben soll, für die besondere gesetzgeberische Zweckmäßigkeitserwägungen¹⁾ vorgelegen haben. Es ist dann allerdings ein Unterschied zu machen zwischen den allgemeinen Feststellungsklagen des § 43 VwGO, die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind und der Feststellungsklage eigener Art nach § 113 Abs. 1 Satz 4.²⁾ Akzeptiert man den Begriff der "Feststellungsklage eigener Art", so steht § 43 VwGO also der Auffassung, daß es sich bei diesem Rechtsschutzbegehren um keine Anfechtungsklage, sondern um eine Feststellungsklage handle, nicht entgegen. Auch aus der Beschränkung in § 43 auf die Feststellung der Nichtigkeit eines VAs läßt sich kein Argument gegen die "Feststellungsklage eigener Art" ableiten. Daraus kann im Wege des argumentum e contrario³⁾ lediglich geschlossen werden, daß die allgemeine Feststellungsklage dann unzulässig ist, wenn die Feststellung lediglich der Rechtswidrigkeit eines VAs begehrt wird, nicht kann daraus gefolgert werden, daß die in § 113 Abs. 1 Satz 4 für den Sonderfall der Erledigung des bisher wirksamen VAs ermöglichte Feststellung seiner Rechtswidrigkeit im Rahmen einer Anfechtungsklage ergehen müsse. Die Gegenmeinung geht von dem durch nichts gerechtfertigten Grundsatz aus, außerhalb des durch § 43 VwGO abgesteckten Rahmens sei eine Feststellungsklage im prozeßrechtlichen Sinn in der VwGO undenkbar. Daß die allgemeine Feststellungsklage des § 43 VwGO eine besondere Feststellungsklage notwendig ausschließen soll, kann der VwGO jedoch nicht entnommen werden.⁴⁾

1) Fenge, Diss., S. 47.

2) Bergmann, a.a.O.; OVG Koblenz AS (Rhl.-Pf.) 6, 391 (394): gegen diese Einteilung der Feststellungsklagen wendet sich Renck, JUS 70, 113 (117), der die Nichtigkeitsklage nach § 43 Abs. 1 und die Rechtswidrigkeitsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht als Ausnahmen vom Grundsatz des § 43 Abs. 1 versteht.

3) Eyermann-Fröhler, § 43, 15.

4) Vgl. unten S. 132.

Im übrigen kommt die Auffassung, die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 sei eine Feststellungsklage, nicht in Konflikt mit der in § 43 VwGO zum Ausdruck gekommenen Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber einer zulässigen oder zulässig gewesenem Anfechtungsklage.¹⁾ Die Anfechtungsklage gegen einen erledigten VA ist schon begrifflich ausgeschlossen, da ein erledigter VA nicht mehr aufhebbar ist,²⁾ eine Anfechtungsklage aber nur mit einem Aufhebungsurteil oder mit einem klageabweisenden Urteil abgeschlossen werden kann. Diese somit im Falle der Erledigung eines VAs vorhandene Lücke im System der Feststellungsklagen wurde durch § 113 Abs. 1 Satz 4 geschlossen.

E r g e b n i s : Die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 ist weder Anfechtungsklage noch allgemeine Feststellungsklage gem. § 43, sondern eine "Feststellungsklage eigener Art".^{3) 4)}

1) Insbesondere spricht gegen die Annahme einer "Feststellungsklage eigener Art" nicht die Tatsache, daß eine Feststellung begehrt wird, die die Rechtsbeziehungen zwischen Über- und Untergeordneten betrifft, da § 43 VwGO die Feststellungsklage nicht auf den Weg der Parteistreitigkeit verweist. Eine Feststellungsklage im Über-Unterordnungsverhältnis ist also in der VwGO möglich, wenn sie auch, wie aus § 43 Abs. 2 Satz 2 ersichtlich ist, als Ausnahmeerscheinung gedacht ist. (Vgl. Eyermann-Fröhler, § 43, 4; Renck, NJW 65, 1791 (1794).)

2) Zu diesem im einzelnen sehr umstrittenen Problem siehe unten S. 101 ff.
a.A. jedenfalls VGH München, VRspr. 12, 753.

3) Müller, ZMR 52, 226 ff. und Müller-Tochtermann, VerwArch. 53, 45 ff. sind der sonst nirgends vertretenen Meinung, die Feststellung aus § 75 I 2 MRVO (diese Überlegungen können auf die entspr. Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO übertragen werden) erfolge in einem unselbständigen Verfahren durch Erweiterung einer bereits anhängigen, wenn auch in der Hauptsache erledigten Anfechtungsklage. Müller-Tochtermann, a.a.O., begründen diese Ansicht u.a. mit dem Hinweis auf ähnliche Beispiele in der ZPO (z.B. §§ 599, 600 oder 302), wo unter bestimmten Voraussetzungen einem durch Endurteil erledigten Rechtsstreit ein unselbständiges und u.U. einer anderen Prozeßart durchzuführendes Nachverfahren angeschlossen werden könne. - Dieses In-Beziehung-Setzen zu den besagten Vorschriften der ZPO erscheint willkürlich und ist daher nicht sonderlich geeignet, Aufschluß über die Rechtsnatur der nachträglichen Feststellungsklage zu geben. Es wäre doch viel naheliegen-

(Fortsetzung)

II. Stellt der Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO
eine Klageänderung dar?

1. Allgemeines

Mit Stellung des Feststellungsantrags beantragt der Kläger statt der bisher begehrten Aufhebung des angefochtenen VA die Feststellung, daß der inzwischen erledigte VA rechtswidrig war. Da der Kläger demnach nun etwas anderes erreichen will, stellt sich die Frage, ob der Übergang zu dem Feststellungsantrag nicht eine Klageänderung i.S. des § 91 VwGO darstellt. Aus § 91 VwGO selbst läßt sich die Antwort nicht finden, da diese Vorschrift den Begriff der Klageänderung voraussetzt.

Vorauszuschicken wäre noch, daß die Frage, ob der Feststellungsantrag eine Klageänderung darstellt oder nicht, nicht davon abhängen kann, ob die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 im prozessualen Sinn eine Anfechtungsklage bleibt oder zur Feststellungsklage wird. Entscheidend kann für diese Frage nur sein, daß der Aufhebungsantrag sich mate-

(Fortsetzung)

...der, zu untersuchen, ob die Voraussetzungen einer in der VwGO bekannten Klageart vorliegen.

- 4) Gegebenenfalls kann auch die Feststellung der Nichtigkeit des erledigten VA begehrt werden, da Rechtswidrigkeit der weitere Begriff ist und auch die Nichtigkeit umfaßt (Schunck - De Clerck § 113, 2c bb). - In diesen seltenen Fällen stellt sich die Frage, ob die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nun allgemeine Feststellungsklage i.S. des § 43 ist. Diese Frage ist theoretisch, bedarf aber doch immerhin der Erwähnung. Da die Voraussetzungen des § 43 hier gegeben sind, wird man richtigerweise eine allg. Feststellungsklage annehmen müssen. Demnach kann die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 sowohl besondere als auch allgemeine Feststellungsklage sein, letzteres allerdings selten. (Vgl. dazu unten S. 89) Nicht ganz so theoretisch ist diese Frage für die Vertreter der Meinung, die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 sei proz. eine Anfechtungsklage. Für den Fall der Nichtigkeit müssen auch sie wohl eine allg. Feststellungsklage annehmen. Ihrer Auffassung nach könnte die Klage aus § 113 Abs. 1 Satz 4 also sowohl Anfechtungsklage wie auch allg. Feststellungsklage sein.

riell in einen Feststellungsantrag umwandelt.¹⁾ So sind also auch die Vertreter der Meinung, die Rechtsnatur der anhängigen Anfechtungsklage werde durch den Feststellungsantrag nicht berührt, mit dieser Frage konfrontiert. Das Problem der Klageänderung stellt sich ebenso innerhalb des gleichen Klagetyps wie beim Übergang zu einer anderen Klageart.

2. Anwendungsfall der §§ 173 VwGO, 268 Nr. 2 ZPO

Die heute herrschende und auch hier vertretene Meinung geht dahin, daß der Übergang zu dem Feststellungsantrag des § 113 Abs. 1 Satz 4 keine Klageänderung darstellt.²⁾ Klageänderung ist Änderung des Streitgegenstandes. Sie ist, wie auch im Zivilprozeß, dann gegeben, wenn entweder das Klagebegehren (= Klageantrag) oder der Klagegrund geändert werden,³⁾ da Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß das Begehren der vom Kläger auf Grund eines bestimmten Sachverhalts beantragten Entscheidung ist.⁴⁾

Eine Klageänderung i.S. des § 91 VwGO liegt jedoch dann nicht vor, wenn bei gleichbleibendem Klagegrund der Klageantrag nur erweitert oder beschränkt wird (§ 268 Nr. 2 ZPO

-
- 1) A.A. jedoch z.B. Renck, NJW 65, 1795 Anm. 52, der in dem Übergang zum Feststellungsantrag des § 113 Abs. 1 S. 4 nur deshalb eine (zulässige) Klageänderung erblickt, weil die bisherige Anfechtungsklage in eine echte Feststellungsklage umgewandelt werde.
 - 2) BVerwGE 4, 178; 9, 59; BSG NJW 59, 262; Klinger, § 142 B; Koehler, § 142, II 2; Schunck-de Clerck, § 42, 2 c; R.v.O. § 113, 12; Ule, Lehrbuch, S. 170; Groschupf, DVBl 61, 840.
 - 3) Vgl. etwa Klinger, § 91 B 1; Koehler, § 91, II; Lüke, JuS 67, 1 ff.; vgl. aber auch Eyermann-Fröhler, § 91, 1, die Klageänderung i.S. des § 91 VwGO als Änderung lediglich des Klagegrundes bezeichnen; jedoch im Ergebnis besteht kein Unterschied, da Eyermann-Fröhler bei echter Antragsänderung stets Änderung des Klagegrundes annehmen.
 - 4) Lüke, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, a.a.O., sind der Ansicht, der Streitgegenstand werde im Verwaltungsprozeß im Gegensatz zum Zivilprozeß allein durch den Sachverhalt bestimmt, der dem Gericht zur Entscheidung unterbreitet ist. Daher auch die abweichende Definition der Klageänderung in Anm. 30; im übrigen wird bezüglich des Streitgegenstandsbegriffs im Verwaltungsprozeß auf die umfangreichen Quellennachweise bei Ule, § 121, 2 a verwiesen.

i.V.m. § 173 VwGO) oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstands wegen einer später, d.h. nach Klageerhebung,¹⁾ eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird (§ 268 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 173 VwGO).

Überwiegend wird eine Klageänderung im Hinblick auf diese letztgenannten Vorschriften abgelehnt:

Der Klagegrund hat sich beim Übergang zum Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 S. 4 nicht geändert.²⁾ Der dem Gericht unterbreitete Sachverhalt bleibt bis auf den Umstand, daß der angefochtene VA seine Erledigung gefunden hat, der gleiche.³⁾ Die Anwendung des § 268 ZPO i.V.m. § 173 VwGO scheitert demnach jedenfalls nicht daran, daß der Klagegrund sich geändert hätte.

Bei der Frage, ob der Fall des § 113 Abs. 1 S. 4 dem § 268 Nr. 2 oder dem § 268 Nr. 3 ZPO unterzuordnen ist, sind die Auffassungen geteilt. Das BVerwG⁴⁾ nimmt ohne nähere Begründung eine Einschränkung des ursprünglich gestellten Antrags an und bejaht somit die Anwendung des § 268 Nr. 2 ZPO. Unter diesem Gesichtspunkt wird überwiegend auch der Übergang von der Anfechtungsklage zur allgemeinen Feststellungsklage zugelassen.⁵⁾ EYERMANN-FRÖHLER⁶⁾ und GROSCHUPF⁷⁾ erblicken im Übergang zum Feststellungsantrag einen Anwendungsfall des § 268 Nr. 3 ZPO.

1) Baumbach-Lauterbach, § 268, 2 D.

2) BVerwGE 8, 59.

3) BSG NJW 59, 262.

4) BVerwGE 8, 59; ebenso Ule, Lehrbuch, S. 170; R.v. Oertzen, § 91, 2.

5) Klinger, § 91, B 1; Eyermann-Fröhler, § 91, 6; Schunck-de Clerck, § 43, 4 b.

6) Eyermann-Fröhler, § 91, 7.

7) DVBl 61, 841.

Beide Ansichten sind offensichtlich vertretbar, doch ist m.E. die Lösung des BVerwG vorzuziehen. §§ 268 Nr. 2 ZPO ist nicht nur auf zahlenmäßige Unterschiede zu beschränken, sondern betrifft auch die Fälle, in denen der Kläger qualitativ mehr bzw. weniger erreichen will. Daher gehört hierher auch der Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage und umgekehrt.¹⁾ In diesem Sinn stehen auch der Aufhebungs- und der Feststellungsantrag zueinander. Der Kläger reduziert sein Klagebegehren, den VA wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben, auf das Begehren, lediglich noch die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen. Das der Klage stattgebende Anfechtungsurteil beinhaltet notwendig auch die Feststellung, daß der aufgehobene VA rechtswidrig war.²⁾ Dieser Umstand rechtfertigt es, den Übergang zum Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 als Beschränkung des Klageantrags i.S. des § 268 Nr. 2 ZPO zu bezeichnen, wenn auch beide Anträge verschiedene Zwecke verfolgen.

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten: Der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellt keine Klageänderung, sondern eine Beschränkung des Klageantrags i.S. des § 268 Nr. 2 ZPO dar.

Nicht gefolgt wird daher der nur vereinzelt vertretenen Meinung, § 113 Abs. 1 Satz 4 beinhalte eine Klageänderung kraft Gesetzes.³⁾

1) RGZ 171, 203.

2) Das ist nunmehr h.M.; vgl. Quellennachweise bei Schunck-de Clerck, § 121, Anm. 3 c cc.

3) Württ.-Bad. VGH VRspr. 9, Nr. 120; 10, S. 128; Fenge, Diss., S. 48; Lorenz, Diss., S. 169; Bunte, Diss., S. 88; Görlitz, Diss., S. 92; Naumann, DVBl 51, 140 unentschieden. Die Argumentation Görlitz' ist m.E. in zwei Punkten unhaltbar: 1. Görlitz geht davon aus, die §§ 173 VwGO, 268 Nr. 2 und 3 seien nicht erfüllt. Das müsse umsomehr gelten, als andernfalls § 113 Abs. 1 Satz 4 überflüssig erschiene. Denn gestattete diese Norm nur eine ohnehin zulässige Klageänderung, so bedürfte es dieser Vorschrift nicht. - Hier übersieht Görlitz, daß der Antrag, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen, sonst nach keiner Vorschrift zulässig ist. Es bedarf des § 113 Abs. 1 Satz 4 also unabhängig davon, ob der Feststellungs- (Fortsetzung)

3. Die grds. Unanwendbarkeit des § 91 VwGO
im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4

Die hier aufgeworfene Frage, ob § 113 Abs. 1 Satz 4 eine Klageänderung beinhaltet oder nicht, darf allerdings nicht so verstanden werden, daß untersucht werden soll, ob u.U. der Feststellungsantrag nur unter den Voraussetzungen des § 91 VwGO vom Gericht zugelassen werden kann. Denn selbst wenn man zu der Auffassung gelangen sollte, die Umstellung auf den Feststellungsantrag weise alle Merkmale einer Klageänderung auf, kann man daraus nicht den Schluß ziehen, der Feststellungsantrag bedürfe gem. § 91 VwGO der Zustimmung der Beteiligten oder der gerichtlichen Zulassung wegen Sachdienlichkeit. Nimmt man Klageänderung an, so handelt es sich um eine kraft Gesetzes bereits zugelassene Klageänderung. Die Zulassungsvoraussetzungen des Feststellungsantrags sind lediglich dem § 113 Abs. 1 Satz 4 zu entnehmen, keinesfalls aber dem § 91. § 113 Abs. 1 Satz 4 ermöglicht dem Kläger den Übergang zum Feststellungsantrag über die eventuell bestehenden Zweifel der Klageänderung hinweg.¹⁾

(Fortsetzung)

...antrag eine Klageänderung ist oder nicht. 2. Görlitz ist der Ansicht, die gesetzliche Forderung des berechtigten Interesses bestätige ebenfalls, daß es sich um eine Klageänderung handle. - Das widerspricht der ganz allgemeinen Meinung, daß der Übergang von der Leistungsklage zur Feststellungsklage, die immer ein berechtigtes Interesse erfordert, dem § 268 Nr. 2 ZPO unterzuordnen sei. Eine Sondermeinung vertreten wieder Müller und Müller-Tochtermann (vgl. Anm. 3, S. 11): weder Klageänderung, noch Klageumwandlung oder -erweiterung, sondern Einleitung eines dem in der Hauptsache erledigten Anfechtungsstreit angeschlossenen unselbständigen Verfahrens.

1) Naumann, DVBl 51, 140.

Es ist daher mißverständlich, wenn etwa REDEKER - v.OERTZEN¹⁾ formulieren: "Die Umstellung ist keine Klageänderung, bedarf also nicht der Zustimmung der Beteiligten oder der gerichtlichen Zulassung wegen Sachdienlichkeit ...". Die Umstellung bedarf nicht deshalb nicht der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 91 Abs. 1, weil sie materiell keine Klageänderung ist, sondern weil sie durch § 113 Abs. 1 S. 4 in jedem Fall ausdrücklich zugelassen ist.

4. Das Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4
und 142 VwGO

Praktische Bedeutung kommt der Frage, ob der Feststellungsantrag materiell eine Klageänderung darstellt oder nicht, erst im Rahmen des § 142 VwGO zu. Nach dieser Vorschrift ist eine Klageänderung im Revisionsverfahren unzulässig. Ist man der hier vertretenen Ansicht, daß der Übergang zum Feststellungsantrag sachlich keine Klageänderung, sondern eine Beschränkung des Klageantrags darstellt, so steht das Verbot der Klageänderung im Revisionsverfahren dem Übergang zur Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA nicht entgegen.²⁾

In Schwierigkeiten mit § 142 kommen jedoch die Vertreter der Meinung, § 113 Abs. 1 Satz 4 sei ein Fall der gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Klageänderung. Sie müssen konsequenterweise den Feststellungsantrag im Revisionsverfahren für unzulässig halten, da dem § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht die Rolle einer Ausnahmenvorschrift zu § 142 untergeschoben werden kann. Diese Konsequenz ist mehr als unbefriedigend, denn "die notwendige Anpassung des Klageantrags an die veränderte Sachlage muß ... in jeder Phase des Rechtsstreits, also auch im Revisionsverfahren, vorgenommen werden können, damit der Prozeß sachgerecht, den veränder-

1) Redeker - v. Oertzen, § 113, 12; ähnlich Ule, Lehrbuch, S. 170.

2) BVerwGE 4, 178; 8, 59; BSG NJW 59, 262; Koehler, § 142, II 2; Klinger, § 142, B; Ule, § 142; Schunck-de Clerck, § 142, 2; Eyermann-Fröhler, § 142, 2.

ten Umständen entsprechend, zum Abschluß gebracht werden kann." ¹⁾ Dem Kläger muß also auch in der Revisionsinstanz die Möglichkeit offenstehen, den Feststellungsantrag zu stellen.

E r g e b n i s :

1. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist eine Feststellungsklage im prozeßrechtlichen Sinn. Dabei ist nicht die Tatsache allein entscheidend, daß ein Feststellungsurteil ergeht, sondern vielmehr, daß dieses nur auf besonderen Feststellungsantrag hin ergehen darf und das berechnigte Interesse des Antragstellers an der Feststellung besonders zu überprüfen ist.
2. Die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist keine allgemeine Feststellungsklage i.S. des § 43 VwGO, sondern eine Feststellungsklage eigener Art.
3. Der Übergang zum Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO stellt sachlich keine Klageänderung, sondern eine Beschränkung des Klageantrags i.S. der §§ 173 VwGO, 268 Nr. 2 ZPO dar.
§ 91 wäre jedoch unabhängig davon von vorneherein nicht anwendbar.
4. Der Feststellungsantrag ist auch im Revisionsverfahren noch zulässig.

1) So BSG, a.a.O.

2. Kapitel:

DIE "ERLEDIGUNG" DES VA ALS ENTSCHEIDENDER ANKNÜPFUNGS-

PUNKT IN § 113 Abs. 1 Satz 4

(INHALT UND BEDEUTUNG DES BEGRIFFS "ERLEDIGUNG" IM

RAHMEN DES § 113 Abs. 1 Satz 4)

§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO verlangt für die Zulässigkeit des Feststellungsantrages, daß sich der VA¹⁾ "durch Zurücknahme" oder anders erledigt hat.

Im Gesetz selbst wird der Begriff der Erledigung nicht erklärt, weder in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, wo das Gesetz von Erledigung des VA spricht, noch in § 161 Abs. 2 VwGO, wo das Gesetz von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache spricht. In § 113 Abs. 1 Satz 4 findet sich lediglich der Hinweis, daß Erledigung eines VA "durch Zurücknahme oder anders" erfolgen kann. Damit ist jedoch so gut wie nichts gewonnen.

I. Erledigung i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 ist ein außerprozessuales Ereignis

1. Gegenüberstellung der Erledigungsbegriffe in den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 161 Abs. 2

Spricht das Gesetz von Erledigung, so kann damit verschiedenes gemeint sein:

1) Wird im Folgenden von der Erledigung des VA gesprochen, so gilt das auch für die sog. JustizVAe. Soweit es sich um JustizVAe der ordentlichen Gerichte handelt, sind sie gem. § 179 VwGO durch die neu eingefügten §§ 23 - 30 EGGVG zum großen Teil den ordentlichen Gerichten zur Nachprüfung überwiesen und damit vom Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen. Die Problematik bleibt jedoch auch hier die gleiche, da § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG dem § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vollkommen entspricht.

1. Erledigung ist das objektive Erledigungsereignis als außerprozessualer Vorgang
2. Erledigung ist die übereinstimmende Erledigungserklärung des Klägers und des Beklagten oder auch nur die einseitige Erledigungserklärung eines Hauptbeteiligten
3. Erledigung liegt dann vor, wenn, nachdem das objektive Erledigungsereignis stattgefunden hat, beide Hauptbeteiligten übereinstimmend oder wiederum nur einer von beiden die Erledigung erklärt.

Diese kurze Übersicht, die zunächst im leeren Raum stehen muß, da sie die wiederum neuen Begriffe des objektiven Erledigungsereignisses und der Erledigungserklärung einführt, hat lediglich den Vorteil, daß sie diese beiden Begriffe einander gegenüberstellt. Es ist von entscheidender Bedeutung, diese beiden Begriffe streng voneinander zu trennen.

Welche Bedeutung dem Wort "Erledigung" in § 113 Abs. 1 S. 4 nun unterlegt werden soll, ergibt sich am besten aus einem Vergleich mit der Vorschrift des § 161 Abs. 2. Dieser Vergleich bietet sich an, da beide Vorschriften den Begriff der Erledigung verwenden.

§ 161 Nr. 2 spricht lapidar von "Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache",¹⁾ was auf den ersten Blick zu der Überlegung Anlaß gibt, es handele sich um etwas, was unabhängig vom Willen der Parteien eintritt oder nicht. Diese auf den Wortlaut abstellende Überlegung bekommt umso mehr Gewicht, wenn man die entsprechende Vorschrift in der ZPO, nämlich § 91a, ins Licht rückt. § 91a ZPO stellt im

1) Sehr häufig wird nur von "Erledigung der Hauptsache" gesprochen, doch ist dabei nicht zu übersehen, daß das Gesetz in § 161 Abs. 2 VwGO diesen Ausdruck nicht verwendet, sondern von "Erledigung des R e c h t s - s t r e i t s in der Hauptsache" spricht. Das Gesetz sieht also offenbar das Primäre nicht in der Erledigung der Hauptsache, sondern in der Erledigung des Rechtsstreits (vgl. Müller-Tochtermann, NJW 58, 1761). Diese Tatsache darf bei der Auslegung des § 161 Abs. 2, auch im Zusammenhang mit § 113 Abs. 1 Satz 4, nicht übersehen werden.

Gegensatz zu § 161 Abs. 2 VwGO seinem Wortlaut nach ganz eindeutig auf die Erledigungserklärungen der Parteien ab. Doch wäre es übereilt, daraus schon den Schluß zu ziehen, daß § 161 Abs. 2 VwGO nur an ein außerprozessuales Ereignis anknüpft, die Verwaltungsgerichte also von sich aus ohne Prozeßerklärung der Parteien den Rechtsstreit für erledigt halten und über die Kosten entscheiden dürfen. Dagegen spricht schon, daß § 161 Abs. 2 VwGO dem § 91a ZPO nachgebildet werden sollte.¹⁾ Die Begründung zur VwGO sagt eindeutig: "Die wohl zweckmäßige Regelung des § 91a ZPO ... wird übernommen."

Die heute ganz überwiegende Meinung geht daher auch dahin, daß § 161 Abs. 2 VwGO unter Erledigung die übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien versteht, nicht den außerprozessualen Vorgang,²⁾ wobei das Gericht an die Erledigungserklärungen gebunden ist, so daß es die objektive Erledigung der Hauptsache nicht nachprüfen kann.³⁾ Erledigung i.S. d. § 161 Abs. 2 ist also nicht ein außerprozessuales Ereignis, dieses muß vielmehr bei übereinstimmenden Erledigungserklärungen gar nicht vorliegen. Diesem Ergebnis steht auch nicht die in § 86 Abs. 1 VwGO verankerte Inquisitionsmaxime entgegen,⁴⁾ denn auch im Verwaltungsstreitverfahren haben es die Beteiligten weitgehend in der Hand, über den Streitgegenstand zu verfügen.⁵⁾

1) Eyermann-Fröhler, § 161, 7; Brandl, BayVBl 67, 82.

2) Eyermann-Fröhler, § 167, 7; Klinger, § 161, B 2; Koehler, § 161, B III 3; Redeker-v.Oertzen, § 107, 1; Schunck-de Clerck, § 161, 2 b; Ule, § 161, II 1.

3) Redeker-v. Oertzen, § 107, 16; Groschupf, DVBl 61, 840; Müller, NJW 62, 1077; BVerwG NJW 62, 1076; OVG Koblenz AS Rh.-Pf. 3, 166 u. 4, 317; BayVGH VerwRspr. 12, 895; a.A. BVerwG NJW 62, 651 (krit. dazu Müller, NJW 62, 1077); OVG Lüneburg, DVBl. 51, 700.

4) So allerdings BVerwG NJW 62, 651, wenn es sagt, das VG sei verpflichtet, "sich über die Tatsache der Erledigung Gewißheit zu verschaffen".

5) Müller, NJW 62, 1077; OVG Koblenz, a.a.O.; Lüke, JuS 67, 1 (3).

"Für ein Tätigwerden des Gerichts nach § 86 Abs. 1 ist nur Raum innerhalb der Grenzen des ihm von den Beteiligten zur Entscheidung unterbreiteten Streitgegenstands."¹⁾ Daß die Dispositionsmaxime im verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren neben der Inquisitionsmaxime besteht, zeigt sich bereits bei der Bindung des Gerichts an die Klageanträge, bei der Möglichkeit der Klageänderung, der Klagerücknahme und des Prozeßvergleichs.²⁾ Wenn das BVerwG³⁾ nun die Bindung des VG an die übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Beteiligten mit dem Hinweis auf § 86 Abs. 1 ablehnt, so ist dem aus diesen Gründen nicht beizupflichten.

Werden keinerlei Erledigungserklärungen abgegeben, so kann das VG, selbst wenn sich die Hauptsache objektiv erledigt hat, nicht nach § 161 Abs. 2 verfahren, es kann also nicht v.A.w. das Verfahren für erledigt erklären, auch wenn es die Erledigung feststellt.⁴⁾ Das ist die logische Konsequenz aus dem oben entwickelten Erledigungsbegriff in § 161 Nr. 2. Die Klage wird vielmehr in der Regel mangels Rechtsschutzinteresses abzuweisen sein.⁵⁾ Widerspricht ein Hauptbeteiligter, so hat das Gericht durch Urteil⁶⁾ darü-

1) Müller, a.a.O.

2) OVG Koblenz, a.a.O.

3) NJW 62, 651.

4) Redeker-v. Oertzen, § 107, 20; Koehler, § 161, B II 5; Eyermann-Fröhler, § 161, 8; OVG Rhld.-Pf. DÖV 64, 860; a.A. wieder BVerwG NJW 62, 652: "... stellt die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren maßgebende Regelung des § 161 Abs. 2 auf die Erledigung selbst ab." - Ausnahmen von diesem Grundsatz werden angenommen im Fall des § 75 Abs. 4 (Schunck-de Clerck: "hier tritt Erledigung kraft Gesetzes ein") und des Todes d. Klägers (Redeker-v. Oertzen, § 107, 20; Bunte, S. 191, 11).

5) BVerwG DÖV 60, 192; Schunck-de Clerck, § 107 3, g bb; Koehler, § 161, B III 8; Redeker-v. Oertzen, § 107, 23.

6) Eyermann-Fröhler, § 161, 14; Koehler, § 161, B III 5; Ule, § 161, 2a; OVG Berlin AS 4, 186; a.A. Klinger, § 107, D II a.

ber zu entscheiden, ob die Hauptsache objektiv erledigt ist.¹⁾

Ist nun dieser Erledigungsbegriff auf § 113 Abs. 1 Satz 4 anwendbar? Diese Frage ist berechtigt, da, wie wir bei § 161 Abs. 2 gesehen haben, das Gesetz von "Erledigung" sprechen kann, darunter aber die Erledigungserklärungen verstanden wissen will. Das ist, um es vorwegzunehmen, zu verneinen. Erledigung des VA i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 ist das objektive Erledigungsereignis,²⁾ also ein außerprozessualer Vorgang. Das ergibt sich weitgehend schon aus dem weiteren Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4. Der Hinweis des Gesetzgebers, daß die Erledigung des VA "durch Zurücknahme oder anders" erfolgen kann, gibt zu erkennen, daß das erledigende Ereignis selbst als Erledigung anzusehen ist.

Ein weiteres Argument dafür, daß die Erledigungsbegriffe in § 161 Abs. 2 und in § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht identisch sein können, ist, abgesehen von der noch zu behandelnden Tatsache, daß es sich einmal um Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, das andere Mal um Erledigung eines VA handelt, darin zu finden, daß § 161 Abs. 2 von der Beendigung des Verfahrens ausgeht, während § 113 Abs. 1 Satz 4 ja gerade eine Fortsetzung des Verfahrens ermöglichen will.

-
- 1) Es wird nicht näher darauf eingegangen, wie das Urteil im einzelnen zu lauten hat, wenn einerseits nur der Kläger die Erledigung erklärt, der Beklagte widerspricht bzw. umgekehrt, andererseits die Hauptsache objektiv erledigt bzw. nicht erledigt ist. Jedenfalls greift bei einseitiger Erklärung der Untersuchungsgrundsatz Platz, das Gericht hat also die objektive Erledigung nachzuprüfen.
 - 2) Obwohl das Gesetz darüber nichts aussagt, wird man annehmen müssen, daß das den VA erledigende Ereignis nicht vom Willen des Klägers abhängig sein darf. § 113 Abs. 1 Satz 4 will dem Kläger erweiterten Rechtsschutz für den Fall gewähren, daß ihm die Klage ohne seinen Willen aus der Hand geschlagen wird. Führt der Kläger selbst die Erledigung herbei, wird ihm für den Feststellungsantrag i.d.R. das Rechtsschutzinteresse fehlen.

Die Erledigungserklärungen, die für die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in § 161 Abs. 2 von Bedeutung sind, haben also mit der Erledigung des VA in § 113 Abs. 1 Satz 4 nichts zu tun, vielmehr ist der Antrag nach § 113 Satz 1 Satz 4 sogar ausgeschlossen, wenn beide Parteien vorher die Erledigung der Hauptsache erklärt hatten,¹⁾ da die übereinstimmenden Erledigungserklärungen die Rechtsanhängigkeit beenden.²⁾ Selbst die einseitige Erledigungserklärung des Klägers, die die Rechtshängigkeit nicht beenden kann, hindert den Kläger u.U., daraufhin den Feststellungsantrag zu stellen,³⁾ da die Erledigungserklärung eine Prozeßhandlung⁴⁾ und deshalb bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist.⁵⁾

Man kann somit als vorläufiges Zwischenergebnis festhalten: Das außerprozessuale Erledigungsereignis führt die "Erledigung des VA" i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 herbei. Wird daraufhin die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt,⁶⁾ so ist für das Verfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 4

1) Ule, Lehrbuch, S. 170; BVerwG DVBl 64, 874; Schunck-de Clerck, § 113, 2 c bb; in diesem Zusammenhang ist es verwirrend, wenn Koehler, § 161, B III 11 sagt: "Ein Beschluß lediglich über die Kostenfolge nach § 161 Satz 2 ist auch dann trotz übereinstimmender Parteierklärungen nicht ausreichend, wenn die Voraussetzungen des § 113 Abs. 1 Satz 4 gegeben sind, d.h. der Kläger trotz Erledigung der Hauptsache bei der Anfechtungsklage ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, daß der VA rechtswidrig gewesen ist."

2) So Donau JR 56, 169 zu § 91 a ZPO.

3) Redeker-v. Oertzen, § 107, 15; Klinger, § 113, C 4.

4) Koehler, § 161, B II 6.

5) Schunck-de Clerck, § 107, 3 b; Redeker-v. Oertzen, § 107, 18; a.A. Görlitz, S. 93; man wird jedoch mit Donau, a.a.O., ähnlich wie bei der Klagerücknahme eine Bindung an die Erledigungserklärung dann nicht mehr annehmen können, wenn der Beklagte ausdrücklich oder schlüssig seine Erledigungserklärung verweigert hat (dazu vgl. Baumbach-Lauterbach, § 271, 2 C; RGZ 108, 136).

6) Das setzt allerdings voraus, daß bei Erledigung des VA auch der Rechtsstreit sich in der Hauptsache objektiv erledigt. Dazu siehe unten S. 41.

kein Raum mehr. Es ergeht lediglich Beschluß nach § 161 Abs. 2. Bei einseitiger Erledigungserklärung ergeht Sachurteil, das entweder die Klage abweist oder die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ausspricht, aber nicht die Rechtswidrigkeit des VA feststellt.

Dennoch muß der Kläger dem Gericht die Erledigung des VA zur Kenntnis bringen können, ohne daß diese von ihm nicht gewünschten Folgen ausgelöst werden. Der Kläger wird daher, wenn er den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen will, die Erledigung des VA dem Gericht lediglich anzeigen.¹⁾ Diese Erledigungsanzeige hat keinerlei Wirkungen außer der, daß sie das Gericht über die Erledigung des VA informiert; sie ist im Gegensatz zur Erledigungserklärung keine Prozeßhandlung.

Ihre Berechtigung erhält die Erledigungsanzeige erst durch die Stellung des Feststellungsantrags. Deshalb wird in den meisten Fällen beides gemeinsam erfolgen oder auch nur der Feststellungsantrag allein, aus dem sich begriffsnotwendig die Mitteilung ergibt, der VA habe sich erledigt.

Abgesehen davon, daß der Feststellungsantrag selbst bereits das Gericht von der Erledigung des VA in Kenntnis setzt, kommt der Unterscheidung zwischen Erledigungserklärung und Erledigungsanzeige in der Praxis keine entscheidende Bedeutung zu, da der Vorsitzende bei Unklarheit darüber, was von den Beteiligten gewollt ist, regelmäßig seiner Aufklärungspflicht aus § 86 Abs. 3 nachkommen wird.

2. Berührungspunkte dieser beiden Erledigungsbegriffe

Kann man nun aus dem bisher Gesagten den Schluß ziehen, daß Erledigung der Hauptsache und Erledigung des VA zwei

1) Ähnlich wohl schon BVerwG DVBl 57, 58; vgl. auch Urteil des Württ.-Bad. VGH (VRspr. 4, 891): "... ist im Verwaltungsverfahren zu unterscheiden, ob die Beteiligten lediglich den angefochtenen VA oder die Hauptsache für erledigt erklären."

verschiedene Dinge sind? Spricht man von "Erledigung i.S. d. § 161 Abs. 2" und von "Erledigung i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4",¹⁾ so muß man, wie wir oben gesehen haben, diese Frage bejahen.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß Erledigung der Hauptsache und Erledigung des VA dasselbe sein können, soweit man lediglich von dem objektiven Erledigungsereignis spricht. Hat sich der VA erledigt, dann hat sich auch die Hauptsache objektiv erledigt,²⁾ weil der Rechtsstreit objektiv gegenstandslos geworden ist. Das stimmt allerdings auch wieder nur dann, wenn der VA bereits Gegenstand einer Klage geworden ist, denn die objektive Erledigung eines Rechtsstreits in der Hauptsache ist natürlich nur möglich, wenn Klage erhoben wurde, da es vorher keinen Rechtsstreit und auch keine Hauptsache geben kann. Beides sind rein prozessuale Begriffe. Die Erledigung als Begriff ist überhaupt nur denkbar, wenn über irgendetwas gestritten wird. Erledigung der Hauptsache kann daher nur eine rechtliche Veränderung bezeichnen, die erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist.³⁾

Über einen VA, der begrifflich von einem Rechtsstreit unabhängig ist, kann auch schon vor Erhebung der Klage gestritten werden. Das ist sogar regelmäßig im Rahmen des vorangehenden Widerspruchsverfahrens der Fall. Die Erledigung eines VA ist also bereits vor Anhängigkeit einer Klage denkbar. Insoweit kann sich naturgemäß mit der Erledigung des VA nicht auch die Hauptsache erledigen, da kein Rechtsstreit anhängig ist. Trotz möglicher Identität von Erledigung der Hauptsache und Erledigung des VA ist also nicht ratsam, beide Begriffspaare in einen Topf zu werfen, wie es nicht selten getan wird.

1) Bachof, Verfassungs-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG, S. 40/41: "... Erledigung des Verwaltungsakts und Erledigung der Hauptsache durchaus etwas Verschiedenes."

2) Fröhler, DV 49, 397; Brandl, BayVB1 67, 82 (85); Ule, § 161, II 1.

3) Müller-Tochtermann, NJW 58, 1761 (1763); das ist allerdings nicht unbestritten.

3. Die Erledigung des VA ist eine unabdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung des Feststellungsantrags

Wenn man also nun davon ausgehen kann, daß § 113 Abs. 1 S. 4 im Gegensatz zu § 161 Abs. 2 unter Erledigung die objektive Erledigung verstanden wissen will, so stellt sich dennoch die Frage, ob wirklich i m m e r ein objektives Erledigungsereignis stattgefunden haben muß oder ob eventuell Fälle denkbar sind, in denen der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 auch ohne ein objektives Erledigungsereignis als zulässig anzusehen ist.

Bei der Beantwortung dieser Frage wird trotz aller eben dargelegten Unterschiede zwischen §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 161 Abs. 2 auf die zu § 161 Abs. 2 entwickelten Grundsätze Bezug zu nehmen sein.

Grundsätzlich muß sich das Gericht über die Tatsache der Erledigung des VA Gewißheit verschaffen (§ 86 Abs. 1, Untersuchungsgrundsatz). Wird der Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 gestellt, muß das Gericht also nachprüfen, ob Erledigung des VA gegeben ist. Wäre es nun denkbar, daß, wenn beide Parteien übereinstimmend die Erledigung des VA "anzeigen" und der Kläger den Feststellungsantrag stellt, das Gericht ähnlich wie bei § 161 Abs. 2 die Erledigung des VA gar nicht nachprüfen darf, da sie unter den Beteiligten unstreitig ist? Es fragt sich, ob hier wie bei § 161 Abs. 2 die Dispositionsmaxime das Gericht verpflichtet, diese Entscheidung der Parteien zu respektieren.

Das muß verneint werden, da sich beide Situationen nicht vergleichen lassen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt zwar neben dem Untersuchungsgrundsatz die Dispositionsmaxime. Diese tritt darin zutage, daß überhaupt Klage erhoben werden muß und daß der Rechtsstreit etwa durch Klagerücknahme oder auch übereinstimmende Erledigungserklärungen beendet werden kann. Da es sich bei § 113 Abs. 1 Satz 4 aber gerade nicht um die Beendigung des Verfahrens handelt, kann die Dispositionsmaxime nicht herangezogen werden. Hier steht anders als bei § 161 Abs. 2 der § 86 Abs. 1 entgegen. Wird der Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 gestellt, hat sich das Gericht also in jedem Fall von der tatsächlichen Erledigung des Verwaltungsaktes zu überzeugen.

E r g e b n i s :

1. Die "Erledigung des VA" i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 ist ein außerprozessuales Ereignis.
2. Die Erledigung des VA wird dem Gericht im Fall des § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht durch die Prozeßhandlung der "Erledigungserklärung" zur Kenntnis gebracht, sondern durch einfache "Erledigungsanzeige". In Zweifelsfällen hat der Vorsitzende gem. § 86 Abs. 3 die Pflicht, die Parteien über die Bedeutung ihrer Erklärungen aufzuklären. Die Erledigungsanzeige wird i.d.R. lediglich durch Stellung des Feststellungsantrags erfolgen.
3. "Erledigung des VA" i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 und "Erledigung des Rechtsstreits i.d.Hpts." i.S.d. § 161 Abs. 2 sind streng voneinander zu trennen.
4. Die übereinstimmenden Erledigungsanzeigen der Parteien binden das Gericht nicht.

II. Die allgemeinen Voraussetzungen der Erledigung eines VA

Will man den Begriff der Erledigung des VA definieren, so bewegt man sich auf einigermaßen unsicherem Gelände, während der Begriff der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache heute kaum noch Schwierigkeiten bereitet.¹⁾

1. Wegfall der Beschwer - Gegenstandsloswerden eines VA

Ganz übereinstimmend wird Erledigung des Rechtsstreits i.d. Hauptsache dann angenommen, wenn das klägerische Begehren,²⁾

1) Brandl, BayVB1 67, 82 (83).

2) Schwab, ZZP Bd. 72, 127 (129); Koehler, § 161, B II 3; Redeker-v. Oertzen, § 107, 11.

die Klage, der Rechtsstreit,¹⁾ oder sämtliche prozessualen Ansprüche bis auf den Kostenpunkt g e g e n s t a n d s l o s geworden sind.²⁾ Mit dem Erledigungsereignis wird der vom Kläger begonnene Rechtsstreit also gegenstandslos, da der Kläger nicht mehr dazu in der Lage ist, die von ihm nachgesuchte Entscheidung durchzusetzen.³⁾ Bei der Frage, wann sich ein VA erledigt hat, werden die Definitionsversuche mannigfaltiger.

EYERMANN-FRÖHLER⁴⁾ sehen das Wesen der Erledigung eines VA darin, daß die sich aus dem VA ergebende Beschwer weggefallen ist.⁵⁾ Diesem Definitionsversuch EYERMANN-FRÖHLERS stellt BRANDL⁶⁾ eine andere Gruppe von Definitionen gegenüber, die mehr von der Wirkung des VA ausgehen:

OBERMAYER⁷⁾ sagt, der VA sei erledigt, wenn er keine weitere Rechtserheblichkeit entfaltet, weil er entweder von einer Verwaltungsbehörde beseitigt oder sonst gegenstandslos geworden sei.

Nach SIGMUND-SCHULTZE⁸⁾ ist Erledigung des VA die Beendigung seiner Rechtswirksamkeit.

WITTIG⁹⁾ will jedenfalls dann nicht von Erledigung des VA sprechen, wenn ein Akt mit Dauerwirkungen noch Folgen für

1) Rosenberg, S. 615; Klinger, § 107, D 2a.

2) Die Übereinstimmung bezieht sich auf den immer wieder verwendeten Begriff des Gegenstandsloswerdens.

3) Baumbach-Lauterbach, § 91 a, 2 A.

4) § 113, 39.

5) Ebenso Müller, DÖV 65, 38 ff.

6) Brandl, a.a.O.

7) Lehrbuch, S. 246.

8) DVBl 63, 745 (751).

9) BayVBl 64, 394.

die Zukunft zeitigt. Eine Erledigung trete nur dann ein, wenn weder eine Aufhebung noch eine Folgenbeseitigung nach VwGO denkbar sei. BRANDL¹⁾ schließt sich in bewußtem Gegensatz zur Definition EYERMANN-FRÖHLERS der Begriffsbestimmung SCHUNCK-DE CLERCKs²⁾ an, die die zweite Gruppe von Definitionsversuchen folgendermaßen zusammenfaßt: ein VA ist erledigt, wenn der hoheitliche Ausspruch der Behörde g e g e n s t a n d s l o s geworden ist.

Daß diese Begriffsbestimmung mit der EYERMANN-FRÖHLERS nicht identisch ist, verdeutlicht BRANDL am Beispiel der polizeilichen Realakte. Diese hätten über ihren Vollzug hinaus keine Rechtswirkungen, sie seien daher mit ihrem Vollzug erledigt, während die Beschwer immer noch vorhanden sei.³⁾

Dieser von BRANDL aufgezeigte Gegensatz zwischen beiden Meinungen ist jedoch m.E. relativ unergiebig, solange die Begriffe "Gegenstandsloswerden" und "Wegfall der Beschwer" als bekannt vorausgesetzte Größen behandelt werden.

Zunächst ist dazu zu sagen, daß EYERMANN-FRÖHLER bei Vollzug von polizeilichen Realakten deren Erledigung annehmen,⁴⁾ weil sich die Beschwer mit dem Vollzug erschöpfe. Es liegt also offensichtlich ein Mißverständnis vor und zwar insofern, als EYERMANN-FRÖHLER einerseits und BRANDL andererseits unter "Beschwer des VA" etwas Verschiedenes verstehen. EYERMANN-FRÖHLER werden hier unter Beschwer des VA die noch mit der Anfechtungsklage beseitigbare Beschwer verstanden wissen wollen, wobei der Schwerpunkt auf der Möglichkeit der Beseitigung liegt, während BRANDL Beschwer wesentlich weitergehend versteht. Unter diesem Blickwinkel ist ein Gegensatz zwischen den Definitionen EYERMANN-FRÖHLERS und der übrigen nicht mehr augenfällig, vielmehr kann

1) a.a.O.

2) § 113, 2 c aa.

3) Die Beschwer besteht für den Betroffenen in dem Bewußtsein, ungerecht behandelt worden zu sein.

4) § 113, 39.

man sagen: der VA ist gegenstandslos geworden, wenn seine Beschwer weggefallen ist.¹⁾

2. Zu den Folge- oder Nebenwirkungen eines VA

Es ist nun aber an der Zeit, sich von den abstrakten Begriffen etwas zu entfernen, um den Erledigungsbegriff inhaltlich auszufüllen. Alle bisher gebrachten Definitionsversuche, ob sie nun von Wegfall der Beschwer oder von Gegenstandsloswerden sprechen, kreisen um die Frage, ob Erledigung des VA bedeutet, daß *s ä m t l i c h e* Neben- oder Folgewirkungen des VA weggefallen sein müssen. MÜLLER,²⁾ der diese Problematik aufgegriffen hat, trifft die Unterscheidung zwischen *i n t e n s i v e r* und *e x t e n s i v e r* Beschwer eines VA.

Diese Unterscheidung wird selbstverständlich nicht für solche isolierten VA von Bedeutung sein, deren Beschwer sich nur aus ihnen selbst ergibt, sondern nur für solche, die weitere Folge- oder Ausstrahlungswirkungen haben (extensive Beschwer).

Nach Meinung MÜLLERS ist im engen prozessualen Sinn erledigungsfähig nur die intensive Beschwer, da nur sie Gegenstand des Rechtsstreits sei. Da aber § 113 Abs. 1 Satz 4 ein aus Rechtsschutzgründen geschaffener Fall prozessual privilegierter Erledigung sei, sei es jedenfalls nicht ausgeschlossen, auch die bestehende extensive Beschwer für die Beurteilung der Erledigung heranzuziehen. MÜLLER beschränkt sich dabei allerdings auf Folgewirkungen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, so daß also die Bedeutsamkeit eines VA für die Entstehung oder Entscheidung straf- oder zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse seine Erledigung nicht hindert. Als Beispiel einer verwaltungsrechtlichen Fortwirkung führt MÜLLER an, daß der VA von der Behörde

1) Wobei Beschwer i.S. Eyermann-Fröhlers zu verstehen ist.

2) DÖV 65, 38 ff.

wiederholt werden könnte. In so einem Fall wäre der VA also nicht i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 erledigt.

In ähnliche Richtung geht wohl auch die Meinung KOEHLERS,¹⁾ der einen VA erst dann als erledigt ansieht, wenn der in ihm geregelte Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts seine Bedeutung verloren hat und keine Rechtswirkungen mehr äußert. Gegen einen so verstandenen Erledigungsbegriff in § 113 Abs. 1 Satz 4 hat sich mit aller Entschiedenheit das OVG Hamburg²⁾ gewandt. Es führt aus:

"Erledigt hat sich ein VA nicht erst dann, wenn seine sämtlichen Neben- oder Folgewirkungen weggefallen sind. Dies ergibt sich aus § 113 Abs. 1 Satz 4, da diese Bestimmung trotz 'Erledigung' des VA voraussetzt, daß weiterhin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA besteht, mithin davon ausgeht, daß ein VA trotz 'Erledigung' noch Folge- oder Nebenwirkungen äußern kann, die das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung der Rechtswidrigkeit begründen. Die Fortdauer bloßer Neben- oder Folgewirkungen steht danach der 'Erledigung' des VA nicht entgegen. Der VA ist bereits dann als erledigt anzusehen, wenn bei Akten der Eingriffsverwaltung sein eigentlicher der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden ist."

Das OVG Hamburg meint hier, wenn es von Folge- oder Nebenwirkungen spricht auch solche auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts; ansonsten würden sich beide Auffassungen nicht widersprechen.³⁾

Im Grunde führt diese Auffassung dazu, daß man Erledigung des VA i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 annimmt, obwohl tatsächlich keine völlige Erledigung gegeben ist.⁴⁾

1) § 113, D II 4; ebenso BVerwG DVBl 57, 58.

2) DVBl 67, 422.

3) Im Prinzip wie OVG Hamburg: Lorenz, Diss., S. 167 ("Von Erledigung eines VA ... kann auch dann gesprochen werden, wenn der VA nicht mehr geeignet ist, unmittelbar auf die Rechtssphäre des Betroffenen einzuwirken."); Menger, System, S. 244 ("Daß auch ein erledigter VA noch öffentlich-rechtlich normierte Rechtsbeziehungen über die Zeit seiner eigenen Existenz hinaus zu aktivieren vermag, ..."); vgl. auch Redeker-v. Certzén, § 113, 5.

4) Ule, § 161, II 1: "... erledigt sich der Rechtsstreit i.d. Hauptsache ..., so entscheidet das Gericht über die Kosten des Verfahrens durch Beschluß (von dem Fall des § 113 Abs. 1 Satz 4 abgesehen, in dem ein Urteil ergehen muß, weil keine völlige Erledigung des Rechtsstreits i.d. Hauptsache vorliegt)."

Um die Richtigkeit dieses Erledigungsbegriffs anschaulich zu machen, muß man das vom OVG Hamburg angeführte "berechtigte Interesse" näher ins Licht rücken. Es ist richtig, daß das berechtigte Interesse Folge- oder Nebenwirkungen zwingend voraussetzt. Es muß in diesem Zusammenhang aber darauf geachtet werden, daß das "berechtigte Interesse" in § 113 Abs. 1 Satz 4 auf jeden Fall **a u c h** öffentlich-rechtlicher Art ist, wenn auch weitgehend zugestanden wird, daß auch ein rein privatrechtliches Interesse Berücksichtigung finden kann.

Es kann jedenfalls festgehalten werden, daß das berechtigte Interesse in § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht ausschließlich privatrechtlicher Natur ist. Zu dieser bestimmt unrichtigen Konsequenz führt es aber, wenn man die Erledigung in § 113 Abs. 1 S. 4 wie MÜLLER versteht, da nach seiner Ansicht nur außerverwaltungsrechtliche Folge- oder Nebenwirkungen die Grundlage des "berechtigten Interesses" bilden können.

Unter diesem Blickpunkt ist nun auch das von MÜLLER gebrachte Beispiel der Wiederholungsgefahr zu sehen. Das ist ein typischer Anwendungsfall des § 113 Abs. 1 Satz 4:¹⁾ der VA ist erledigt, strahlt aber auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts noch aus, so daß ein berechtigtes Interesse zu bejahen ist. Würden derartige Fälle von § 113 Abs. 1 Satz 4 ausgeklammert, würde § 113 Abs. 1 Satz 4 sinnwidrig entwertet. Ein weiteres Zulassen der Anfechtungsklage würde ebenfalls dem Sinn der Anfechtungsklage widersprechen; ein kassatorisches Urteil hat in diesen Fällen seine Berechtigung verloren. Wenn man schon zugibt, daß jedenfalls die intensive Beschwer des VA weggefallen ist, so muß man konsequenterweise sagen, daß ein kassatorisches Urteil sich darauf, also auf den eigentlichen Inhalt des VA, nicht mehr erstrecken kann.

1) Eyermann-Fröhler, § 113, 41; Ule, Lehrbuch, S. 169; BVerwG, DVBl 60, 287.

Aber auch der "Rest" ist nicht geeignet, Gegenstand eines kassatorischen Urteils zu sein. Wiederholungsgefahr kann nicht "aufgehoben" werden.

Aus alledem erhellt, daß das das Feld des § 113 Abs. 1 Satz 4 sein muß, wobei dem § 113 Abs. 1 Satz 4 keinerlei Gewalt angetan wird.

Die bisherigen Ausführungen haben dargetan, daß die Begriffsbestimmung der Erledigung nicht isoliert erfolgen kann, sondern daß sie sich an Sinn und Zweck des § 113 Abs. 1 Satz 4 ausrichten muß, so daß man richtigerweise von "Erledigung i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4" spricht. Diese Einschränkung hat nichts mit der weiter oben erfolgten Abgrenzung zur Erledigung i.S.d. § 161 Abs. 2 zu tun, da bei der Frage "unter welchen Voraussetzungen sich ein VA erledigt", von vorneherein nur von der objektiven Erledigung ausgegangen wurde.

3. Erledigung auch ex nunc?

Nicht fehlen darf in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der zeitlichen Intensität der Erledigung. In gewisser Weise wurde diese Frage schon im vorhergehenden mitbehandelt, insoweit nämlich, als von den Folge- und Nebenwirkungen des VA gesprochen wurde.

Zu erwähnen ist lediglich noch, ob es sich bei dem Erledigungsereignis um einen ex tunc wirkenden Vorgang handeln muß oder ob der ex nunc wirkende Wegfall der Beschwer vom Begriff der Erledigung umfaßt wird. Es liegt die Frage nahe, ob nicht z.B. eine Rücknahme ex nunc ein weniger darstelle als eine Rücknahme ex tunc, infolgedessen also bei der Rücknahme ex nunc die Beschwer des VA nicht gänzlich weggefallen sein könne.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Begriff der Erledigung in erster Linie einen Vorgang meint, der ex nunc in die Zukunft wirkt. Erledigung eines VA ist also jedenfalls auch der ex nunc wirkende Wegfall seiner Beschwer.¹⁾ Andernfalls

1) Meyer, DVBl 56, 190.

wäre die Erledigung eines VA äußerst selten und § 113 Abs.1 Satz 4 würde einen sehr mangelhaften Rechtsschutz gewähren, was nicht im Sinne dieser Vorschrift ist, die den Rechtsschutz erheblich erweitern will. Der Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4 ("... durch Zurücknahme oder anders erledigt ...") wie auch der Sinn des Wortes "Erledigung" lassen somit gar keinen Zweifel offen. Es ist auch ganz allgemein anerkannt, daß ein VA sich durch Zeitablauf, Tod eines Beteiligten, Rücknahme ex nunc bzw. Widerruf etc. erledigen kann.

E r g e b n i s :

1. Erledigung des VA bedeutet dessen Gegenstandsloswerden. Ein VA wird dann gegenstandslos, wenn seine Beschwerde wegfällt.
2. Ein VA erledigt sich schon dann i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, wenn seine sog. "intensive Beschwerde" wegfällt. Folge- oder Nebenwirkungen des VA, sei es auf dem Gebiet des Verwaltungs- oder Privatrechts, hindern dessen Erledigung nicht.
3. Ein VA erledigt sich sowohl dann, wenn seine Beschwerde ex tunc, als auch dann, wenn sie ex nunc weggefallen ist.

III. Der Erledigungsbegriff in § 113 Abs. 1 Satz 4 und seine möglichen Bezugspunkte zu Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage

1. Die Erledigung des VA als ein von Zulässigkeit und Begründetheit unabhängiger Begriff

Die Frage, ob der Begriff der Erledigung voraussetze, daß die Klage bis zu dem erledigenden Ereignis zulässig und begründet gewesen sein müsse, wurde bisher lediglich im Rahmen der §§ 91 a ZPO und 161 Abs. 2 VwGO behandelt. Es handelt sich um ein Problem der immer noch umstrittenen ein-

seitigen Erledigungserklärung.

Es bedarf einer kurzen Untersuchung, ob die zur einseitigen Erledigungserklärung entwickelten Meinungen einen Bezugspunkt zu § 113 Abs. 1 Satz 4 haben oder nicht. Eine Systematisierung dieser Meinungen ist äußerst schwierig, "da beinahe jeder Autor die verschiedenen Einzelgedanken und Thesen in anderer Weise kombiniert".¹⁾

Auszugehen ist davon, daß es an einer übereinstimmenden Erledigungserklärung fehlt. Vielmehr erklärt der Kläger einseitig die Erledigung, der Beklagte widerspricht der Erledigungserklärung des Klägers. Die Erledigung der Hauptsache ist also streitig; das Gericht muß im normalen Prozeßverfahren und durch Urteil die objektive Erledigung der Hauptsache nachprüfen.²⁾

Nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum weitverbreiteten Ansicht enthält der Antrag des Klägers, die Erledigung in der Hauptsache festzustellen, die Rechtsbehauptung, der ursprünglich geltend gemachte Anspruch sei zunächst zulässig und begründet gewesen und sei nur durch ein späteres Ereignis gegenstandslos geworden.³⁾ Danach muß das Gericht, das über die objektive Erledigung der Hauptsache zu befinden hat, die objektive Erledigung dann verneinen, wenn die Klage von Anfang an unzulässig oder unbegründet war. Der Beklagte kann also bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers grundsätzlich noch Abweisung der Klage als von vorneherein unzulässig oder unbegründet beantragen, wobei teilweise allerdings ein berechtigtes Interesse an der Klageabweisung gefordert wird.⁴⁾

1) Habscheid, JZ 63, 625.

2) Vgl. oben S. 23.

3) BGH, NJW 65, 296 u. 537; OVG Berlin, AS 4, 186 (188); BAG, NJW 62, 125; OLG Oldenburg MDR 63, 225; Rosenberg, S. 365; Wieczorek, § 91 a, A II a 2; Stein-Jonas, § 91 a, III; Redeker-v. Oertzen, § 107, 21.

4) So etwa BAG, a.a.O.; OLG Oldenburg, a.a.O., BGH NJW 65, 537.

Eine andere Meinung hingegen geht davon aus, daß es für den Erledigungsanspruch nicht darauf ankomme, ob die Klage zulässig oder begründet war; die Erklärung des Klägers, die Hauptsache sei erledigt, enthalte lediglich die Behauptung, daß ein nachträgliches Ereignis ihn klaglos gestellt habe, ohne daß die ursprüngliche Berechtigung des Klageanspruchs weiter zur Entscheidung gestellt werde.¹⁾

Nach dieser Meinung kann dem Beklagten ein prozessualer Anspruch darauf, daß die Klage als von Anfang an unzulässig oder unbegründet abgewiesen werde, jedenfalls dann nicht zuerkannt werden, wenn sich der Rechtsstreit in der Hauptsache inzwischen tatsächlich erledigt hat. Die ursprüngliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit habe lediglich noch Bedeutung für die Kostenentscheidung, nicht aber für die objektive Erledigung selbst.²⁾

Ohne auf diese nahezu uferlose Problematik weiter einzugehen, wollen wir jetzt der Frage nachgehen, inwieweit diese allerdings nur in Umrissen wiedergegebene Problematik mit der "Erledigung des VA" in § 113 Abs. 1 Satz 4 in Zusammenhang gebracht werden kann.

Daß Berührungspunkte gegeben sein können, ergibt sich schon daraus, daß der Kläger die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache erklären kann, weil der VA sich erledigt hat. Der Anfechtungskläger hat ja bei Erledigung des VA die Wahl zwischen dem Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 und der Erledigungserklärung.

Die Frage muß lauten: Hat das Gericht im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des Feststellungsantrags nach § 113 Abs. 1 Satz 4, die ja auch die Nachprüfung der Erledigung des VA mit sich bringt, die Frage zu erörtern, ob die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war?

1) OLG Stuttgart NJW 62, 1871; Hodes, ZZP 53, 386; Mein, DRiZ 58, 47; grds. BVerwGE 20, 146 = NJW 65, 1035 zur Situation in der VwGO.

2) OLG Stuttgart, a.a.O.; Hodes, a.a.O.

Was die Begründetheit der Klage anlangt, ist die Frage ohne besondere Schwierigkeiten zu beantworten. § 113 Abs. 1 Satz 4 verbietet es dem Gericht, die Frage der Begründetheit der Klage bei der Prüfung der Erledigung des VA zu behandeln. Die Prüfung der Begründetheit der Klage ist nichts anderes als die Untersuchung der Frage, ob der VA rechtswidrig war oder nicht. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit des VA kann aber erst der als zulässig erkannte Feststellungsantrag auslösen.

Da der vom Kläger gestellte Feststellungsantrag die Nachprüfung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit des VA zum Ziel hat, können im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4 auch die bei §§ 91 a ZPO und 161 Abs. 2 VwGO immer wieder gebrachten Bedenken, daß dem Beklagten der Anspruch auf Nachprüfung der Frage, ob die Klage gegen ihn zu Recht erhoben worden ist, nicht versagt werden dürfe, nicht zum Zuge kommen. Ob die Klage zu recht erhoben wurde, wird in dem Verfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ja alleiniger Prüfungsgegenstand. Dieser entscheidende Unterschied zwischen §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 161 Abs. 2¹⁾ läßt also eine ähnliche Problematik wie bei der einseitigen Erledigungserklärung nicht aufkommen.

Ein VA erledigt sich i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 demnach unabhängig davon, ob die Klage bis zu dem erledigenden Ereignis begründet war oder nicht.

Was die Zulässigkeit der Klage anlangt, kann man obige Ausführungen nicht einfach übernehmen, da der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht das Ziel hat, die Zulässigkeit der bisherigen Klage zu überprüfen. Da die Zulässigkeitsvoraussetzungen auch im Verwaltungsrecht in jedem Verfahrensstadium vorliegen müssen, ist das Gericht grundsätzlich verpflichtet, die Klage bei Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung als unzulässig abzuweisen. Darauf wird gleich zurückzukommen sein. Nicht richtig ist jedenfalls die Schlußfolgerung, der Begriff der "Erledigung des VA"

1) bzw. Verfahren bei einseitiger Erledigungserklärung.

setze voraus, daß die bisherige Klage zulässig gewesen sei. Der VA, der im Gegensatz zur "Hauptsache" kein rein prozessualer Begriff ist, kann sich unabhängig von der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, sogar unabhängig von einer Klage überhaupt, erledigen. Der Begriff der "Erledigung des VA" darf demnach nicht als ein von Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage abhängiger Begriff verstanden werden!

2. Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage als Zulässigkeitsvoraussetzung des Feststellungsantrags

Nicht beantwortet ist damit allerdings die oben bereits aufgeworfene Frage, ob neben der Erledigung des VA die Zulässigkeit der ursprünglich erhobenen Klage eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist.

Diese Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Erledigt sich ein angefochtener VA, so wird überwiegend angenommen, daß eine bisher zulässige Anfechtungsklage durch das erledigende Ereignis unzulässig geworden sei, da es nun an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle.¹⁾ Gerade dieses Erledigungsereignis berechtigt aber zur Stellung des Feststellungsantrags nach § 113 Abs. 1 Satz 4. Der Feststellungsantrag setzt die Unzulässigkeit der Anfechtungsklage somit also voraus. Dennoch muß man unterscheiden, ob die Unzulässigkeit der Klage durch das Erledigungsereignis oder bereits vorher in anderer Weise eingetreten ist. War die Klage schon vor Eintritt der Erledigung unzulässig, so muß sie, auch wenn sich der VA erledigt und der Kläger daraufhin den Feststellungsantrag stellt, als unzulässig abgewiesen werden. Die Abweisung als unzulässig hat Vorrang vor dem Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4. Die erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 soll nicht zum Zuge kommen, wenn der Kläger sich auch gegen den nicht erledigten VA nicht mehr hätte wehren können.

1) Vgl. unten S. 42 f.

3. Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Erledigung des angefochtenen VA

Die Wechselbeziehung zwischen "Erledigung des VA" einerseits und Zulässigkeit bzw. Begründetheit der Klage andererseits kann aber noch in einer anderen Variante in Erscheinung treten. Einmal stellt sich die Frage, ob - vorausgesetzt die Klage war bei Erhebung zulässig und begründet - der Wegfall der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage eine Erledigung des VA darstellen müssen, zum anderen ist die Frage noch offen, ob die Erledigung des VA die Klage unzulässig oder unbegründet macht.

Im Grunde genommen handelt es sich immer um den gleichen Fragenkomplex. Die an und für sich gleichen Überlegungen haben nur verschiedene Ausgangspunkte.

Wird von der "Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" gesprochen, wird ganz allgemein gesagt, daß das Institut der Erledigung seinen Ausgang nehme von einer Tatsache, die einer bisher zulässigen und begründeten Klage die Zulässigkeit oder Begründetheit nehme. Das läßt sich jedoch für den Begriff der "Erledigung des VA" in § 113 Abs. 1 Satz 4 ebensowenig übernehmen wie die oben angedeutete Theorie, daß die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache eine zulässige und begründete Klage voraussetze. Hier zeigt sich wieder, daß die Trennung zwischen Erledigung des VA und sog. Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache von eminenter Wichtigkeit ist.

Gehen wir von dem Fall aus, daß eine zunächst zulässige und begründete Klage erhoben wurde. Nachträglich fällt eine Prozeßvoraussetzung weg. Es ist evident, daß dadurch der VA nicht gegenstandslos geworden ist. Das Verfahren wurde durch den Wegfall der Prozeßvoraussetzung betroffen, nicht der VA.

Aber auch wenn die Anfechtungsklage nachträglich unbegründet wird, weil z.B. ein neues Gesetz ergangen ist, das den bisher rechtswidrigen VA nun stützt,¹⁾ ist der VA alles

1) Ob ein rechtswidrig erlassener VA überhaupt durch Rechtsänderung ex nunc "rechtmäßig werden" kann, dazu siehe unten S. 71 ff.

andere als gegenstandslos geworden, im Gegenteil, er ist nun nicht einmal mehr aufhebbar (jedenfalls für die Zukunft), nur der Rechtsstreit ist eventuell gegenstandslos geworden.

Man kann daraus einmal den Schluß ziehen, daß sich in einem Anfechtungsverfahren der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigen kann, obwohl sich der angefochtene VA nicht erledigt hat. Umgekehrt kann man aber auch sagen, daß die Erledigung des VA die objektive Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache i.S.d. § 161 Abs. 2 darstellt.

Der somit aufgetauchten Frage "Erledigung der Anfechtungsklage ohne Erledigung des VA" hat BRANDL¹⁾ seine Aufmerksamkeit gewidmet. Seine Einsatzfrage lautet, ob Hauptsache i.S.d. § 161 Abs. 2 gleichzusetzen ist mit VA. In Verneinung dieser Frage kommt er zu dem Ergebnis, daß sich die Anfechtungsklage auch dann erledige, wenn sich der Anfechtungskläger dem VA unterwerfen will, weil sich die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände geändert haben, seit der VA erlassen wurde, und der VA nunmehr richtig erscheint.²⁾

Dieser Meinung kann man m.E. getrost folgen, wenn man sich vor Augen hält, daß die Erledigungserklärungen des § 161 Abs. 2 bzw. auch die einseitige Erledigungserklärung zum Ausdruck bringen wollen, daß der R e c h t s s t r e i t sich in der Hauptsache erledigt habe. Der Rechtsstreit ist aber dann bereits gegenstandslos geworden, wenn die Unbegründetheit der Klage durch ein außerprozessuales Ereignis offenkundig geworden ist, wenn sich ein weiteres Streiten mithin erübrigt. Auch darin ist BRANDL zu folgen, daß der Kläger in derartigen Fällen ein Interesse daran hat, die Klage für erledigt zu erklären, auch dann, wenn der VA nicht gegenstandslos geworden ist. Es wäre unbillig, dem Kläger zuzugestehen, seine Klage mit der nachteiligen Ko-

1) BayVBl 67, 82 (87).

2) Vgl. die beiden von Brandl, a.a.O., S. 85 gebrachten Beispiele hierzu.

stenfolge des § 155 Abs. 2 VwGO zurückzunehmen.¹⁾

Ob der Kläger auch bei Eintritt der Unzulässigkeit der Klage, die eine Erledigung des VA wie gesagt nicht mit sich bringt, die Erledigung des Rechtsstreits mit Erfolg erklären kann, ist bedenklicher. Weitgehend wird das zwar angenommen,²⁾ doch sind die Bedenken MÜLLER-TOCHTERMANNs³⁾ nicht einfach zu übergehen, wenn er sagt, daß der Eintritt der Unzulässigkeit im Gegensatz zum Eintritt der Unbegründetheit die Hauptsache niemals vollständig erledige, da die Unzulässigkeit der Klage nur zur Prozeßabweisung führe, so daß die Möglichkeit einer erneuten Entscheidung über die "Rechtsfolgenbehauptung" des Klägers noch offen bleibe. Es soll diese Frage nicht weiter verfolgt werden, doch scheint mir der Eintritt der Unzulässigkeit, wenn er endgültig ist, den Rechtsstreit in der Hauptsache ebenso zu erledigen wie der Eintritt der Unbegründetheit, da auch hier der Streit gegenstandslos geworden ist.

4. Mit der Erledigung des VA wird die Anfechtungsklage unzulässig

Die letzte Frage, wie sich die Erledigung eines angefochtenen VA auf die Zulässigkeit bzw. Begründetheit der Klage auswirkt, soll ebenfalls nur angetippt werden, da sie für die Begriffsbestimmung der Erledigung des VA nicht unmittelbar von Bedeutung ist. Man kann sich folgenden Fall denken: es wurde zulässige und begründete Anfechtungsklage erhoben:

1) Da das Anfechtungsklageverfahren bereits ein Rechtsbehelfsverfahren ist, bringt Brandl hier die umstrittene Frage ins Spiel, ob ein Rechtsbehelf für sich allein für erledigt erklärt werden kann. Dafür sprechen sich aus: Baumbach-Lauterbach, § 91 a, 4; Redeker-v. Oertzen, § 107, 14; dagegen Habscheid, NJW 60, 2132; Eyermann-Fröhler, § 161, 9.

2) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 161, 15.

3) JR 58, 250 (251).

der VA erledigt sich während des Verfahrens, worauf der Beklagte die Erledigung i.d. Hauptsache erklärt, der Kläger jedoch bei seinem Aufhebungsantrag bleibt. Ist die Klage nun als unzulässig oder unbegründet abzuweisen? EYERMANN-FRÖHLER¹⁾ sagen, die Klage müsse, da nun der Anspruch nicht mehr bestehe, als unbegründet abgewiesen werden. Überwiegend wird aber die Ansicht vertreten, daß die Klage mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig abzuweisen sei.²⁾ STEIN-JONAS³⁾ wiederum meint, die Klage müsse je nach Lage des Falles als unbegründet oder unzulässig abgewiesen werden.

Man kann sich mit der Argumentation des VGH Freiburg⁴⁾ der h.M. anschließen:

"Ein Rechtsschutzinteresse für die Verfolgung eines Anspruchs im Wege der Anfechtungsklage ist im Streitverfahren gegeben, wenn die den Kläger beschwerenden Rechtsfolgen des angegriffenen VA, um dessen Beseitigung der Kläger kämpft, sich aus der Existenz des VA ergeben und nur durch dessen Aufhebung zu beseitigen sind. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Beseitigung eines VA durch verwaltungsgerichtliches Urteil liegt daher nicht vor, wenn ein die Aufhebung oder Abänderung des VA verfügendes Urteil rechtlich ohne Wirkung wäre. Dies trifft im Zweifel zu, wenn die Hauptsache sich vor Erlassung eines Urteils erledigt hat."

Die Klage wäre also als unzulässig abzuweisen.

E r g e b n i s :

1. Die Erledigung des VA ist als außerprozessuales Ereignis ein von Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage unabhängiger Begriff. - Weder setzt die Erledigung des VA voraus, daß die Anfechtungsklage bis zum

1) § 161, 14.

2) BVerwG, DÖV 60, 192; VGH Freiburg, DVBl 52, 88; Ule, § 161, II 2 b; Köhler, § 161, B III 8; Schunck-de Clerck, § 107, 3 g bb; Redeker-v. Oertzen, § 107, 23.

3) § 91 a, I 4.

4) a.a.O.

erledigenden Ereignis zulässig oder begründet war, noch bewirkt das Unzulässig- bzw. Unbegründetwerden der Anfechtungsklage unbedingt die Erledigung des VA.

2. Der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist allerdings nur dann zulässig, wenn auch die Anfechtungsklage zulässig war.
3. In einem Anfechtungsverfahren kann sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigen, obwohl sich der angefochtene VA nicht erledigt hat. - Die Erledigung des VA stellt jedoch immer die objektive Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach § 161 Abs. 2 VwGO dar.
4. Mit Erledigung des VA wird die Anfechtungsklage unzulässig. Wird der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht gestellt, müßte die Anfechtungsklage daher wegen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen werden.

IV. Erledigung des VA "durch Zurücknahme oder anders ..."

Das Gesetz selbst nennt nur eine Möglichkeit der Erledigung eines VA beim Namen, nämlich die Zurücknahme des VA. Daß es neben der Zurücknahme noch zahlreiche andere Erledigungsmöglichkeiten eines VA gibt, bringt das Gesetz durch die Wendung in § 113 Abs. 1 Satz 4 "... oder anders erledigt..." zum Ausdruck. In der Tat gibt es der Möglichkeiten viele, so daß der Versuch, alle zu erwähnen, von vorneherein zum Scheitern verurteilt ist. Im folgenden wird daher lediglich ein mehr oder weniger schematischer Überblick zu geben sein, der zahlreiche Einzelfragen und Besonderheiten, die auftauchen können, außer Acht lassen muß.

1. Erledigung durch "Zurücknahme", Erlaß eines neuen VA
oder Erlaß eines Widerspruchsbescheids

a) durch "Zurücknahme"

aa) Wortauslegung

Zunächst muß über das Wort "Zurücknahme" selbst Klarheit geschaffen werden. Das ist deshalb unerlässlich, da die neuere Terminologie nicht mehr allein den Begriff der Zurücknahme verwendet, sondern das Begriffspaar Rücknahme und Widerruf eines VA eingeführt hat.¹⁾ Eine sachliche Bedeutung kommt dieser Änderung des Sprachgebrauchs nicht zu,²⁾ doch bedarf es, insbesondere dieses Begriffspaar nicht einheitlich verwendet wird, immer wieder eines Hinweises darauf, was nun unter Rücknahme bzw. Widerruf gemeint sein soll. Obwohl die Terminologie wie gesagt noch nicht einheitlich ist, versteht man heute weitgehend unter Rücknahme die Aufhebung eines rechtswidrigen, unter Widerruf die Aufhebung eines rechtmäßigen VA.³⁾

Das Gesetz versteht unter "Zurücknahme" jedoch nicht nur die "Rücknahme" des fehlerhaften VA, sondern umfaßt auch den "Widerruf" des rechtmäßigen VA,⁴⁾ so daß Zurücknahme hier also in einem erweiterten Sinn zu sehen ist.⁵⁾ Das muß schon deshalb so sein, weil der Gesetzgeber sich nicht an der erst später aufkommenden Änderung des Sprachgebrauches orientieren konnte.

1) Schunck-de Clerck, § 113, 2 c aa; Eyermann-Fröhler, § 42 Anhang, Anm. 33.

2) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

3) Schunck-de Clerck, a.a.O.; Forsthoff, S. 251 ff.; anders Eyermann-Fröhler, die nur den Begriff des Widerrufs verwenden (a.a.O.).

4) Koehler, § 113, D II 4.

5) Koehler, a.a.O.

Aber auch ein weniger offen zu Tage liegender Grund spricht für die Zurücknahme im erweiterten Sinn: würde § 113 Abs. 1 Satz 4 lediglich die Aufhebung eines rechtswidrigen VA ansprechen, so müßte das Gericht regelmäßig bei Aufhebung des angefochtenen VA durch die Verwaltungsbehörde nachprüfen, ob der VA rechtswidrig war und bei Verneinung dieser Frage auch die Erledigung i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 verneinen. Die Konsequenz, daß der Feststellungsantrag nur dann zulässig ist, wenn seine Begründetheit feststeht, ist vom Gesetzgeber mit Bestimmtheit nicht gewollt.

bb) Zur Berechtigung der Behörde, einen streitbefangenen VA aufzuheben.

Die Frage, ob die Behörde überhaupt berechtigt ist, nach Erhebung der Anfechtungsklage den VA noch aufzuheben oder zu ändern, wird durch § 113 Abs. 1 Satz 4 selbst beantwortet. § 113 Abs. 1 Satz 4 setzt diese Befugnis der Behörde als selbstverständlich voraus.¹⁾ Außerhalb des Prozesses bleibt die Stellung der Verwaltung als Hoheitsträger also unberührt.²⁾ Die Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage hat keinen Devolutiveffekt in dem Sinn, daß eine Beendigung der Zuständigkeit in der Entscheidungsbefugnis eintritt.³⁾ Auf der anderen Seite zeigt sich das beispielsweise darin, daß das Gericht den angefochtenen Verwaltungsakt nur aufheben, aber nicht ändern kann (kassatorisches Urteil). Diese Befugnis hat immer **noch** die Verwaltung. Neben dieser ganz allgemeinen Befugnis der Behörde darf natürlich nicht vergessen werden, daß die Behörde im Einzelfall aus materiell-rechtlichen Gründen nicht berechtigt sein kann, den VA zurückzunehmen. Ein belastender VA wird

1) BVerwG NJW 55, 806; Groschupf, DVB1 61, 840.

2) Eyermann-Fröhler, § 90, 2; Klinger, § 113, C 1 Anm. 4: BVerwG, a.a.O.

3) Groschupf, a.a.O.; Forsthoff, S. 261.

in aller Regel jedoch immer rücknehmbar bzw. widerrufbar sein, es sei denn, daß nach objektivem Recht für die Behörde die Verpflichtung besteht, den VA bestehen zu lassen.¹⁾

cc) Die nichtige "Zurücknahme"

Hier taucht nun gleich eine weitere Frage auf, ob nämlich "Zurücknahme" i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 auch eine rechtswidrige Zurücknahme umfaßt. Rücknahme und Widerruf des angefochtenen VA sind ebenfalls VAe.²⁾ Ihre Bestandskraft richtet sich also nach den für den VA geltenden Grundsätzen:

Sind die Rücknahme bzw. der Widerruf so fehlerhaft, daß sie nichtig sind, so entfalten sie von Anfang an keine Wirksamkeit. Eine Erledigung ist nicht eingetreten, da der angefochtene VA noch besteht. Im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 4 sind nichtige Rücknahme und nichtiger Widerruf ohne Bedeutung.³⁾

Führt die Rechtswidrigkeit jedoch nur zur Anfechtbarkeit,⁴⁾ muß anderes gelten. Der nur anfechtbare VA ist zunächst einmal gültig. Als solcher ist er allgemein zu beachten, nicht nur vom Adressaten, sondern auch von den Behörden,

1) Eyermann-Fröhler, § 42 Anhang, Anm. 33: im einzelnen soll hier allerdings nicht darauf eingegangen werden.

2) Hier gewisse Sondermeinung bei Forsthoff, S. 254, der bei Aufhebung rechtswidriger VAe offensichtlich keinen VA annimmt, sondern einen "actus contrarius".

3) Bergmann, Diss., S. 219.

4) Unter Anfechtbarkeit wird hier nicht die formelle Anfechtbarkeit verstanden, sondern die materielle. Damit ist nicht die Möglichkeit gemeint, von einem ausdrücklich vorgesehenen Rechtsbehelf Gebrauch zu machen (Eyermann-Fröhler, S. 244). Forsthoff zieht den Ausdruck "Aufhebbarkeit" vor, da dieser offenlasse, ob die Aufhebung durch Einlegung eines Rechtsmittels veranlaßt wird oder einseitig durch die Behörde erfolgt.

die den Fehler kennen,¹⁾ in dem Fall also auch von dem Gericht, das ja nicht berufen ist, diesen VA zu beseitigen. Das Gericht muß sich zwar v.A.w. von der Rechtswirksamkeit der Rücknahme bzw. des Widerrufs überzeugen,²⁾ hat aber nur die Nichtigkeit zu beachten, nicht jedoch die Anfechtbarkeit.

Die zwar rechtswidrige, aber nicht nichtige "Zurücknahme"³⁾ bewirkt also eine Erledigung i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4.

Durch die Tatsache, daß die Rücknahme bzw. der Widerruf unter bestimmten Voraussetzungen entweder ex tunc oder ex nunc erfolgen können,⁴⁾ ergeben sich für die Erledigung des VA keine Besonderheiten. Der Begriff der Erledigung des VA verlangt nur das Gegenstandslos w e r d e n des VA.⁵⁾

Dennoch darf dabei nicht übersehen werden, daß der Ausschluß des erledigten VA von der gerichtlichen Aufhebung die ex tunc-Wirkung der Aufhebung vernachlässigt. Doch wird diese Funktion hier durch die Feststellung nach § 113 Abs. 1 Satz 4 unmittelbar oder analog übernommen.⁶⁾

1) Forsthoff, S. 220.

2) Bergmann, Diss., S. 219.

3) Die Zurücknahme eines VA kann nur durch die Verwaltungsbehörde erfolgen, die den VA erlassen hat. Der VA erledigt sich daher auf "andere Weise", wenn der VA von der im Instanzenzug übergeordneten Verwaltungsbehörde aufgehoben wird (Ule; § 113, I 3 a).

4) Eyermann-Fröhler, § 42 Anhang, Anm. 49.

5) Siehe oben S. 34.

6) Sigmund-Schultze, DVBl 63, 745 (751).

b) durch Erlaß eines neuen VA

aa) Allgemeines

Die Behörde hat neben der "Zurücknahme" eines VA noch eine andere Möglichkeit, sich von ihrer ursprünglichen Entscheidung loszusagen. Die Zurücknahme erschöpft sich darin, daß sie den VA beseitigt, sei es nun ex tunc oder ex nunc. Die Frage, ob durch eine derartige Zurücknahme die Beschwer des VA weggefallen ist oder nicht, macht nicht sonderliche Schwierigkeiten, denn ist der VA bzw. seine Rechtswirksamkeit¹⁾ beseitigt, ist auch seine Beschwer beseitigt. Das gilt auch für eine Teilrücknahme, soweit sie sich auf einen selbständigen, isoliert anfechtbaren und tatsächlich angefochtenen Teil des VA bezieht.²⁾ In derartigen Fällen ist die Beschwer teilweise weggefallen, der VA hat sich teilweise erledigt.³⁾

Wie ist aber die Lage zu beurteilen, wenn die Behörde den angefochtenen VA nicht lediglich zurücknimmt, sondern wenn sie einen neuen VA erläßt, der den angefochtenen VA ändern oder ersetzen soll? Schon auf den ersten Blick wird man zumindest sagen können, daß sich die Frage des Wegfalls der Beschwer im Vergleich zu oben kompliziert. Denn die Behörde verzichtet nicht schlechthin auf jede weitere Regelung, sie regelt vielmehr neu. Nicht soll hier näher darauf eingegangen werden, unter welchen materiellrechtlichen Voraussetzungen die Behörde berechtigt oder verpflichtet ist, einen neuen VA in Abänderung des bisher angefochtenen zu erlassen. Soweit es sich um einen rein beschwerenden VA handelt, wird man die Befugnis der Behörde immer annehmen können - soweit die neue Regelung im Vergleich zur bisherigen

1) Aufhebung des VA bedeutet Beseitigung seiner Rechtswirksamkeit, nicht die Beseitigung des VA selbst; so Sigmund-Schultze, a.a.O.: Menger, VerwArch Bd. 54, S. 198 (204).

2) Müller, DÖV 65, 38 ff.

3) Müller, a.a.O.

den Kläger begünstigt -, im übrigen wird sich die Befugnis der Behörde nach den Regeln der Zurücknahme eines VA richten.¹⁾

Wie bei der Zurücknahme wird auch in diesem Fall die Behörde jedenfalls nicht durch die Rechtshängigkeit des Verwaltungsprozesses gehindert, den angefochtenen VA zu ändern.²⁾ Eine weitere Parallele zur Zurücknahme findet sich darin, daß das Gericht, soweit der neu erlassene VA imstande ist, eine Erledigung zu bewirken, verpflichtet ist, sich von der Rechtswirksamkeit des neuen VA zu überzeugen (§ 86 Abs. 1).

bb) Wann liegt ein "neuer" VA vor?

Vor der Frage, ob überhaupt und inwieweit ein neuer VA erledigend wirken kann, muß die Vorfrage geklärt werden, wann ein "neuer" VA anzunehmen ist.

Streng genommen ist ein neuer VA auch die schlichte Zurücknahme. Gerade die soll aber in diesen Begriff nicht einbezogen werden. Gemeint sind solche neuen VAe, die nicht nur aufheben, sondern die, da sie eine über die Aufhebung hinausgehende positive Regelung enthalten, den angefochtenen VA "ändern".

Um von einem neuen VA sprechen zu können, darf es sich nicht lediglich um eine sog. "wiederholende Verfügung"³⁾ handeln. Eine "wiederholende Verfügung" verweist nur auf einen bereits erlassenen VA;⁴⁾ sie hat keine selbständige Bedeutung, da sie sich in vollem Umfang mit dem bereits erlassenen VA deckt. Die Behörde will nur zum Ausdruck bringen, daß sie den bereits erlassenen VA aufrechterhalten will. Da die "wiederholende Verfügung" mithin keine neue Sachentscheidung

1) Eyermann-Fröhler, § 79, Anm. 2.

2) Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Groschupf, DVBl 61, 840 ff.

3) Vgl. OVG Rhld.-Pf., DÖV 65, 56; Schweickhardt, DÖV 65, 795 (798).

4) Wolff, § 46, V b.

darstellt, ist sie eine behördliche Äußerung, die selbst keine VA-Qualität hat.¹⁾

Aus dem bisher Gesagten kann man folgende Zwischenbilanz ziehen: wird der ursprünglich erlassene und angefochtene VA von der Behörde wiederholt, so kann sich der angefochtene VA nicht erledigen, da die "wiederholende Verfügung" den bisher erlassenen VA nicht ersetzen, sondern gerade bestätigen will. Auch das anhängige Verwaltungsstreitverfahren wird durch eine während des Prozesses erlassene "wiederholende Verfügung" nicht beeinflusst.²⁾ Ein neuer VA ist also dann gegeben, wenn die Verwaltungsbehörde eine neue Sachentscheidung getroffen hat.³⁾ Entscheidend ist dabei, daß eine neue sachliche Regelung erfolgt ist,⁴⁾ ohne daß sich deshalb der zugrundeliegende Sachverhalt geändert haben müßte.⁵⁾

Es soll im weiteren nicht näher auf diese Problematik eingegangen werden.

Weitgehend anerkannt ist aber immerhin, daß eine neue Regelung nicht nur dann anzunehmen ist, wenn die Behörde

-
- 1) Wolff, § 46, V b; Schweickhardt, a.a.O.; Haueisen, NJW 59, 2137; Martens, DVBl 63, 914; a.A. wohl Lücke, JuS 67, 1 (5), wenn er sagt: "Durch den bloßen Erlaß eines neuen VA, der mit dem angefochtenen inhaltsgleich ist, wird der Streitgegenstand nicht geändert ... Wiederholt also die Verwaltungsbehörde unter dem Eindruck der erhobenen Anfechtungsklage während des Prozesses den VA, so berührt dieser zweite Akt die Identität des Streitgegenstands nicht. Der neue VA fällt in den Streitgegenstand des anhängigen Prozesses."
 - 2) Es ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, den Streitgegenstandsbegriff zu strapazieren, wie es Lücke, a.a.O., tut.
 - 3) BVerwGE, DVBl 63, 86.
 - 4) BVerwGE, DÖV 64, 316; OVG Rhl.-Pf., DÖV 55 (56); Haueisen, NJW 59, 2137; Wolff, § 46, V b; Martens, DVBl 63, 914.
 - 5) BVerwG, a.a.O.

eine von dem ursprünglich erlassenen VA zumindest teilweise abweichende Entscheidung trifft,¹⁾ wenn sich also der "Tenor" des VA geändert hat. Auch dann kann die Regelung neu sein, wenn sie neue Ermittlungsergebnisse oder bisher nicht erörterte Gesichtspunkte berücksichtigt, der "Tenor" des alten und neuen Verwaltungsakts aber identisch sind.²⁾

Um in solchen Fällen von einer "Änderung" bzw. einem "neuen" VA sprechen zu können, ist jedoch notwendig, daß der neue VA den gleichen Lebenssachverhalt regelt.³⁾ Tut er das nicht, so muß selbstverständlich jeder Versuch, ihn mit dem bereits angefochtenen VA in Beziehung zu bringen, unterlassen werden. Wird nur die Begründung geändert, kann die Beurteilung, ob neu geregelt wird oder nicht, schwierig sein, doch das soll weiter nicht mehr interessieren.

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang nur die Unterscheidung zwischen "wiederholender Verfügung" und "neuem VA", der an die Stelle des bereits erlassenen treten soll.

cc) Auswirkungen des neuen VA auf den angefochtenen VA
und auf die Klage

Wie wirkt sich nun der Erlaß eines neuen VA auf den anhängigen Verwaltungsprozeß aus?

Gehen wir aus von einem neuen VA, der den Kläger nicht oder nicht vollends klaglos stellt,⁴⁾ sondern den alten VA lediglich in irgendeiner Form ändert. Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel⁵⁾ dienen: Der Kläger hat einen Steuerbe-

1) Martens, a.a.O.: Eyermann-Fröhler, § 79, 3.

2) Martens, a.a.O.; Haueisen, a.a.O., BSGE AS 10, 248.

3) Müller, DÖV 65, 38 ff.

4) Ein neuer VA, der dem Klagebegehren des Klägers in vollem Umfang entspricht, schafft dieselbe Situation wie die Zurücknahme, die oben behandelt wurde.

5) Dieses Beispiel bringt Groschupf, DVBl 61, 842.

scheid mit dem Ziel gänzlicher Freistellung angefochten. Während des Prozesses wird die Steuer in geringerer Höhe festgesetzt. Der Kläger bleibt bei seinem Antrag. -

In solchen Fällen taucht dann die Frage auf, ob der angefochtene Erstbescheid sich mit Erlaß des Zweitbescheids erledigt i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4. Änderung eines VA bedeutet völlige oder teilweise Beseitigung des VA und Ersetzung durch einen neuen.¹⁾ Der neue VA macht also den alten gegenstandslos, soweit er ihn beseitigt,²⁾ so daß der alte VA - zumindest teilweise - seine Erledigung findet³⁾ und nur noch historische Bedeutung hat.⁴⁾ Ob der alte VA durch die Änderung im Ganzen beseitigt und durch den neuen ersetzt wird oder ob der alte VA zum Teil weiterbesteht und der neue hinzutritt, ist Tatfrage, je nachdem, ob der nicht geänderte Teil des Erstbescheides für sich alleine bestehen könnte oder nicht.⁵⁾

Nicht kann sich also z.B. ein Steuerbescheid durch Änderung in der Höhe einer gewissen Summe erledigen. Wird die Steuerschuld in einem neuen VA in geringerer Höhe festgesetzt, so hat sich der alte VA in vollem Umfang erledigt.

1) Eyermann-Fröhler, § 79, 3.

2) Martens, DVBl 63, 915; Gerl, "Die Sozialgerichtsbarkeit", 55, 297.

3) Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Müller, DÖV 65, 39.

4) Martens, DVBl 63, 915.

5) Eyermann-Fröhler, § 79, 3: Miesbach, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 58, 15, spricht in diesem Zusammenhang von "Abänderung" und "Ersetzung". Dieses Begriffspaar findet sich in § 96 SGG. Nach der Auslegung Miesbach's bedeutet Abänderung des früheren VA, daß ein Teil von ihm durch den neuen inhaltlich und formell beseitigt worden ist, ein anderer Teil von ihm bestehen bleibt, während Ersetzung des früheren VA bedeute, daß der neue VA den früheren in vollem Umfang beseitige oder gegenstandslos mache und gleichzeitig an dessen Stelle tritt. - Eine so klare Terminologie hat sich außerhalb des SGG bisher noch nicht herausgebildet.

Definiert man die Erledigung eines VA wie EYERMANN-FRÖHLER¹⁾ als Wegfall seiner Beschwer, so zögert man auf den ersten Blick, etwa im Fall des neuerlichen Steuerbescheids von Wegfall der Beschwer zu sprechen, da der neue VA seinerseits wieder eine Beschwer enthält. Doch wird dabei übersehen, daß es sich - wenn auch materiell kein Unterschied bestehen mag - einmal um die Beschwer des alten, das andere Mal um die Beschwer des neuen VA handelt. Die neuerliche Beschwer ist nicht mehr die Beschwer des alten VA. Soweit ein angefochtener VA also durch einen neuen beseitigt worden ist, hat er i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 "auf andere Weise"²⁾ seine Erledigung gefunden. Mit Erledigung des VA hat sich auch die Hauptsache erledigt, weil der Streit über den beseitigten VA, der Gegenstand des Verfahrens war, nun gegenstandslos geworden ist.

Was die Wirkung des neuen VA auf den bisher angefochtenen angeht, ist der neue VA im Rahmen der bereits erhobenen Klage ebenso zu berücksichtigen wie die Zurücknahme. Das Gericht muß sich auch hier von der Rechtserheblichkeit des neuen VA überzeugen, da ein nichtiger neuer VA weder Erledigung des VA noch der Hauptsache bewirken kann. Will der Kläger über den erledigten Erstbescheid noch eine sachliche Gerichtsentscheidung erreichen, so kann er wie bei der Erledigung durch Zurücknahme den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen.³⁾

Ob der Kläger allerdings ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat, ist deshalb fraglich, weil durch den neu erlassenen VA nun eine selbständige Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln geschaffen wurde,⁴⁾ der Kläger also in "derselben Angelegenheit" ein sachliches Gerichts-

1) Eyermann-Fröhler, § 113, 39.

2) Miesbach, a.a.O.

3) Eyermann-Fröhler, § 79, 4.

4) BVerwGE 12, 303.

urteil erwirken kann. Trotz dieser Bedenken hat das BVerwG¹⁾ entschieden:

"Ein Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines nach Klageerhebung aufgehobenen VA ist auch dann gegeben, wenn dieser durch einen neuen VA ersetzt worden ist, der die gleiche im Streit befindliche Belastung des Klägers enthält. ... Durch diese Feststellung würde ihm (dem Kläger) die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens gegen den neuen Bescheid erleichtert, während anderenfalls es der Behörde möglich wäre, durch Ersetzung eines angefochtenen VA durch einen gleichlautenden ein bereits in der Revisionsinstanz anhängiges Verfahren zu beenden und von neuem beginnen zu lassen."

Der neue VA kann vom Gericht also nicht unberücksichtigt bleiben, sei es, daß die Klage wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abzuweisen ist, sei es, daß der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt oder den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellt.

Im übrigen bietet die VwGO jedoch keine Möglichkeit, daß der neue VA unmittelbar von dem Verfahren über den alten VA miterfaßt wird.²⁾ Der neue VA muß also, will der Betroffene sich gegen ihn wehren, von diesem selbständig angefochten werden.³⁾ EYERMANN-FRÖHLER⁴⁾ wollen jedoch mit Recht eine Klageänderung⁵⁾ dahingehend zulassen, daß nun der neue VA

- 1) BVerwG, a.a.O.; Die Ausführungen des BVerwG sind auch für den Fall von Bedeutung, daß der neue VA nicht die gleiche im Streit befindliche Belastung enthält und das Verfahren sich erst in der 1. Instanz befindet.
- 2) Miesbach, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 58, 15.
- 3) Eyermann-Fröhler, § 79, Anm. 5; Miesbach, a.a.O.: Gerl, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 55, 297.
- 4) a.a.O.; ebenso OVG Münster DVBl 67, 116 (117); Redeker-v. Oertzen, § 79, Anm. 3; Koehler, § 91, III 2.
- 5) Wenn der Kläger die Klage ändert, ist es ihm verwehrt, den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 zu stellen, da der alte VA dann nicht mehr Gegenstand des Verfahrens ist, sondern nur noch der neue VA. Will der Kläger also sowohl Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen als auch den neuen VA angreifen, muß er eine selbständige Anfechtungsklage erheben. Siehe dazu BVerwGE 12, 303, das Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 und Klage gegen den neuen VA gleichzeitig zuläßt. Anders wäre der Fall allerdings dann zu beurteilen, wenn man eine Klagenhäufung im Wege der Klageänderung zuließe.

Gegenstand der Anfechtungsklage sein soll, wobei auf das sonst erforderliche Vorverfahren ausnahmsweise verzichtet werden könne, da die Änderung des VA ja bereits auf eine erneute (dritte) Prüfung des Sachverhalts zurückzuführen sei.¹⁾

Einer Klageänderung steht somit nichts im Wege. Doch bedarf es in jedem Fall einer gewillkürten Prozeßhandlung des Anfechtungsklägers, damit das Gericht über den neuen VA entscheiden kann. Im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten kann der neu erlassene VA nicht v.A.w. in das anhängige Verfahren einbezogen werden.

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen zeigt sich also: Ergeht während eines Verwaltungsprozesses, der einen VA zum Gegenstand hat, ein neuer VA, der den Kläger nicht in vollem Umfang befriedigt, so erledigt sich der alte VA i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4. Der Kläger kann Feststellung beantragen, daß der alte VA rechtswidrig war. Mit Erledigung des Verwaltungsakts hat sich auch die Hauptsache objektiv erledigt. Der neue VA muß vom Kläger selbständig angefochten werden; eine Klageänderung ist jedoch zulässig, da auf das sonst erforderliche Vorverfahren verzichtet werden kann.

Gegen dieses Ergebnis wendet sich mit aller Entschiedenheit GROSCHUPF.²⁾ Seiner Ansicht nach kann der Erlaß eines neuen, den Kläger nicht vollends zufriedenstellenden VA den Fortgang des Verfahrens nicht beeinflussen. GROSCHUPF geht davon aus, daß die Hauptsache nicht schon deshalb erledigt sei, weil der bisher angefochtene VA durch den neuen aufgehoben worden sei:

"Damit ist der Streit zwischen den Parteien nicht beendet worden, sondern insoweit unberührt geblieben, als der neue VA dieselbe Beschwer für den Kläger enthält. Denn Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist nicht der angefochtene Verwaltungsakt, son-

1) Ebenso Miesbach, a.a.O.; Naumann, R., DVBl 49, 23:
a.A. Gerl, a.a.O.; OVG Münster, a.a.O.

2) DVBl 61, 840.

dern - wie es die h.M. formuliert - die Behauptung des Klägers, der angefochtene VA sei rechtswidrig und verletze ihn in seinen Rechten ... Sieht man das eigentliche Klagebegehren in seinem materiellen Gehalt, so wird der Streit geführt um das Bestehen der Rechtsfolgen selbst, die der VA zu regeln versucht ... Für den Verwaltungsprozeß ist die Aufhebung oder Änderung des VA daher nur insoweit von Bedeutung, als dadurch die vom Kläger erstrebten oder bekämpften Rechtsfolgen selbst geändert werden, andernfalls nicht ... Der neue VA bringt dem Kläger, soweit er sich in den Grenzen des alten hält, keine neue Beschwer, sondern er hält die alte Beschwer aufrecht ... Über den nicht erledigten rechtshängig gebliebenen Teil muß noch entschieden werden. Das muß im anhängigen Verfahren geschehen. ..." 1)

Die prozeßrechtliche Lösung dieses Problems findet GROSCHUPF im § 96 Abs. 1 SGG, den er, da die VwGO sich dazu nicht äußere, analog anwenden will. § 96 Abs. 1 SGG lautet:

"Wird nach Klageerhebung der Verwaltungsakt durch einen neuen abgeändert oder ersetzt, so wird auch der neue Verwaltungsakt Gegenstand des Verfahrens."

Als wichtigste praktische Konsequenz der Einbeziehung des neuen VA sieht GROSCHUPF die Entbehrlichkeit eines wiederholten Vorverfahrens an, da es "in der Tat schwer erträglich (wäre), wenn die Verwaltung die Möglichkeit hätte, eine in zulässiger Weise erhobene Klage unzulässig zu machen, also dem Kläger die Klage aus der Hand zu schlagen und ihn zur erneuten Erhebung des Widerspruchs und dem damit verbundenen Zeitgewinn zu zwingen."

Einer Prozeßerklärung des Klägers bedürfe es nicht, da die Einbeziehung des neuen VA keine Klageänderung bedeute, vielmehr ohne weiteres eintrete.

Die Lösung GROSCHUPFs führt also kurz zusammengefaßt zu folgendem Ergebnis: Der Erlaß eines neuen VA, der den Kläger nicht ganz zufriedenstellt, hat keinen Einfluß auf das Verfahren. Der neue VA wird analog § 96 Abs. 1 SGG Gegenstand des Verfahrens. Es bedarf daher keines Vorverfahrens und keiner Prozeßerklärung des Klägers. Für den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 ist kein Raum, da § 113 Abs. 1 Satz 4

1) Groschupf, a.a.O.

den Fall vollständiger Klaglosstellung des Klägers durch einen neuen VA betrifft, während der Fall des neuen VA ohne vollständige Klaglosstellung im Gesetz (abgesehen von § 96 Abs. 1 SGG) nicht geregelt ist.

GROSCHUPF wird jedoch darin nicht zuzustimmen sein, daß er die Frage, ob sich der Streitgegenstand geändert habe oder nicht, letztenendes allein davon abhängig macht, ob der Kläger tatsächlich nach Erlaß des neuen VA noch eine Beschwer vorfindet oder nicht. Mit Sicherheit kann man allerdings nicht so argumentieren, daß der VA selbst Streitgegenstand¹⁾ des Verwaltungsprozesses sei²⁾ und deshalb mit Erlaß des neuen VA, der den früheren aufhebt, der Streit zwischen den Parteien gegenstandslos geworden sei. Doch wird man, ohne in die Problematik des Streitgegenstands bei der Anfechtungsklage einzudringen,³⁾ sagen müssen, daß dem VA im Anfechtungsprozeß eine so entscheidende Bedeutung zukommt, "daß der neue VA nicht Gegenstand des Verfahrens werden kann, ohne daß der Klagegrund geändert würde,"⁴⁾ und Änderung des Klagegrundes ist gleichbedeutend mit Klageänderung, was wiederum Änderung des Streitgegenstands bedeuten würde.⁵⁾

Dazu steht in scharfem Gegensatz die Meinung GROSCHUPFs, daß der VA nur der "verfahrensrechtliche Anknüpfungspunkt für die Klage" sei, also auch mit dem Klagegrund nicht in Verbindung gebracht werden könne. Aber selbst wenn man den VA ganz aus dem Streitgegenstandsbegriff eliminiert, den VA also auch nicht mit dem Klagegrund gleichsetzt, so hat er doch "indizierende Kraft"⁶⁾ für den Klagegrund. Die Än-

1) Wird der VA als Gegenstand des Verfahrens angesprochen, so hat das nichts mit seiner evtl. Eigenschaft als Streitgegenstand zu tun; siehe dazu auch Lücke, JuS 67, 1 ff.

2) So allerdings noch Klinger, § 79, A.

3) Siehe dazu Ule, § 121, II 2 mit zahlr. Nachweisen.

4) Miesbach, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 58, 216; Eyermann-Fröhler, § 91, 2.

5) Eyermann-Fröhler, § 91, 1.

6) Lücke, JuS 67, 1 (6).

derung des VA "verschiebt regelmäßig die Grenzen des Tatsachensubstrats und hebt damit im Falle des Prozesses die Identität des Klagegrundes auf."¹⁾

Vorausgesetzt, der § 96 Abs. 1 SGG bestünde nicht und könnte deshalb auch in analoger Anwendung nicht herangezogen werden, könnte der Kläger den neuen VA im schwebenden Verfahren nur im Wege der Klageänderung angreifen.²⁾

M.E. ist aber auch dann die Argumentation GROSCHUPFs nicht in sich schlüssig, wenn man mit ihm von der Prämisse ausgeht, der neue VA ändere den Streitgegenstand nicht, sondern die Hauptsache sei insoweit nicht erledigt, vielmehr weiter rechtshängig, als der neue VA noch eine Beschwerde enthält. Diese vom Streitgegenstandsbegriff her entwickelte Konsequenz bedarf jedoch nicht der Untermauerung, indem man § 96 Abs. 1 SGG analog heranzieht, denn erledigt sich die Hauptsache nicht, wovon GROSCHUPF ja ausgeht, so ist es doch auch im Anwendungsbereich der VwGO unzweifelhaft, daß das Verfahren ohne eigene Prozeßerklärung des Klägers seinen Fortgang nimmt.

Zieht GROSCHUPF also den § 96 Abs. 1 SGG heran, so deshalb, weil § 96 Abs. 1 SGG etwas erlaubt, was die VwGO nicht zuläßt, nämlich eine Klageänderung kraft Gesetzes.³⁾ Die

1) Lücke, JuS 67, 1 (7).

2) Miesbach, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 58, 216; a.A. Schwankhart, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 56, 40.

3) So nach Groschupf, S. 843, die h.M. innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit zu § 96 Abs. 1 SGG; siehe dazu insbes. Miesbach, a.a.O., S. 218; Gerl, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 55, 296, meint, im Falle des § 96 Abs. 1 kommen sowohl Klagenhäufungen als auch Klageänderung in Betracht: "Die Klageänderung dürfte die Regel bilden, wenn der neue VA den alten in einem solchen Ausmaß ersetzt und damit gegenstandslos macht, daß das ursprüngliche Klagebegehren sich restlos erledigt. ... Wird durch den neuen VA der alte VA und das Klagebegehren nicht gegenstandslos, sondern nur geändert, dann dürfte hinsichtlich des ursprünglichen Klagebegehrens eine Änderung ... in Betracht kommen. ... Hinsichtlich des neuen VA kommt in diesem Fall nur eine Klagenhäufung in Betracht..."; anders Groschupf, der ganz allgemein von der Aufhebung des alten durch den neuen VA spricht, auch wenn das Klagebegehren sich nicht restlos erledigt hat.

analoge Anwendung des § 96 Abs. 1 SGG ist demnach nicht damit zu vereinbaren, daß man eine Klageänderung in diesem Fall schon begrifflich ablehnt, wie es GROSCHUPF tut.

In der praktischen Konsequenz bringt die analoge Anwendung des § 96 Abs. 1 SGG zweifellos den Vorteil mit sich, daß ein wiederholtes Vorverfahren entfällt und daß der neue VA ohne Prozeßerklärung des Klägers Gegenstand des Verfahrens wird.¹⁾

Offensichtlich will GROSCHUPF aber den Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht mehr zulassen; seiner Ansicht nach ist bei nur teilweiser Klaglosstellung und weiterer zumindest teilweise rechtshängiger Hauptsache der Fall des § 113 Abs. 1 Satz 4 gar nicht gegeben.²⁾

Diese Konsequenz ist m.E. jedoch nicht unbedingt im Interesse des Klägers. Dieser kann sehr wohl daran interessiert sein, daß etwa die Rechtswidrigkeit des früheren, in seiner Beschwer weitergehenden VA festgestellt wird und daß er daneben die Möglichkeit hat, den neuen VA anzugreifen.³⁾ Räumt man dem Kläger diese Möglichkeit ein neben der Möglichkeit, seine Klage zu ändern, ohne daß es eines neuerlichen Vorverfahrens bedarf,⁴⁾ so bleibt als Vorteil bei der Lösung GROSCHUPFs lediglich noch übrig, daß der Kläger keine Prozeßerklärung abgeben muß. Das ist aber bei der bestehenden Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 86 Abs. 3) von untergeordneter Bedeutung.

-
- 1) Nicht darf jedoch der Kläger durch eine Klageänderung kraft Gesetzes zu einer Klage genötigt sein (Gerl, "Die Sozialgerichtsbarkeit" 55, 297); er müßte also die Möglichkeit haben, sich durch eine Prozeßerklärung, die weder Klagerücknahme noch Klageverzicht ist, von der Folge des § 96 Abs. 1 SGG zu befreien.
 - 2) In welcher Weise sich der für § 113 Abs. 1 Satz 4 entscheidende frühere VA erledigt, behandelt Groschupf nicht ausdrücklich, so daß insofern eine gewisse Unklarheit bleibt.
 - 3) Siehe BVerwGE 12, 303.
 - 4) Eyermann-Fröhler, § 79, 5.

c) Erledigung bei nachgeholtem Vorverfahren

Im Anschluß an Zurücknahme und Erlaß eines neuen VA soll schließlich der Fall erwähnt werden, daß der Widerspruchsbescheid erst während des Anfechtungsverfahrens erlassen wird.

Solche Fälle müssen Ausnahmefälle sein, da es für die Anfechtungsklage zwingende Prozeßvoraussetzung ist, daß der Anfechtungskläger erfolglos Widerspruch eingelegt hat¹⁾ (abgesehen von den Fällen des § 68 Abs. 1 Satz 1 und 2).

Eine Anfechtungsklage, die vor Erteilung des Widerspruchsbescheids erhoben wird, ist also unzulässig, wobei wieder die Ausnahme des § 75 VwGO zu beachten ist.

Eine in dieser Weise unzulässig erhobene Anfechtungsklage kann aber dadurch zulässig werden, daß der Widerspruchsbescheid während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ergeht²⁾ - sei es, daß der Anfechtungskläger den Widerspruch vor oder nach Erhebung der Klage erhoben hat -, vorausgesetzt allerdings, daß der Widerspruch innerhalb der Widerspruchsfrist erhoben wurde.³⁾

Hilft die Behörde dem Widerspruch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ab oder erläßt die nach § 73 VwGO zuständige Behörde während des Verfahrens einen Widerspruchsbescheid, der dem Begehren des Klägers Rechnung trägt, so hat sich der VA erledigt. Der Kläger kann nun den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen. Es handelt sich um Erledigung bei nachgeholtem Vorverfahren.⁴⁾

1) Eyermann-Fröhler, § 68, Anm. 2; a.A. BVerwGE 1, 247.

2) Eyermann-Fröhler, a.a.O., BVerwGE 2, 203.

3) Dapprich, DVBl 60, 194 (196); Stich, DVBl 60, 378 (379); Ule, § 68, I; a.A. Bettermann, DVBl 59, 308 (312).

4) Auch im Fall des § 75 Abs. 4 VwGO, wenn also die Klage nie zulässig geworden ist (Eyermann-Fröhler, § 75, 11), weil dem Widerspruch innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist stattgegeben oder der begehrte VA innerhalb dieser Frist erlassen wurde, kann der Kläger Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen. Schunck-de Clerck, § 75, 3 c, spricht hier jedoch von entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4.

2. Erledigung durch Vollzug

Vollzug und Erledigung eines VA sind nicht miteinander identisch. Vielmehr kann man als Grundsatz aufstellen, daß die Vollziehung des VA nicht die Erledigung des VA im Gefolge hat.¹⁾ Dasselbe gilt auch für die freiwillige Befolgung des VA durch den Betroffenen.²⁾

Wird ein VA also während des laufenden Anfechtungsverfahrens vollzogen, so hat das keinen Einfluß auf das Verfahren. Der VA muß bei Rechtswidrigkeit, obwohl er vollzogen ist, vom Gericht aufgehoben werden.³⁾ Diese Konsequenz ist bereits unzweifelhaft dem Gesetz zu entnehmen. § 113 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, daß das Gericht, wenn der VA schon vollzogen ist, auf Antrag **a u c h** aussprechen kann, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Das Wörtchen "auch" bezieht sich eindeutig auf § 113 Abs. 1 Satz 1 und will besagen, daß das Gericht auf jeden Fall verpflichtet ist, den (vollzogenen) VA aufzuheben.⁴⁾ Der Ausspruch des § 113 Abs. 1 Satz 2 kann also nur neben dem Ausspruch des § 113 Abs. 1 Satz 1 erfolgen, nicht alleine.

Als vorläufiges Ergebnis ist somit festzuhalten, daß gegen einen vor Klageerhebung vollzogenen VA die Anfechtungsklage erhoben werden kann und daß die Vollziehung während des Anfechtungsverfahrens dieses in seinem Fortgang nicht beeinflussen kann.

Dieses Ergebnis ist deshalb gerechtfertigt, weil durch den Vollzug des VA sich dessen Beschwer i.d.R. nicht erschöpft.⁵⁾

1) Meyer, DVBl 56, 190; Ule, § 113, I 22; Eyermann-Fröhler, § 113, 39; VGH Bad.-Württ. VRspr. 10, 228.

2) Meyer, a.a.O.

3) Ule, a.a.O.

4) Ule, a.a.O.

5) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

Erledigung ist aber Wegfall der Beschwer und damit Gegenstandsloswerden des VA. Das mag durch folgende Überlegung verdeutlicht werden: Die Vollziehung des VA beseitigt lediglich die Gefahr für den Betroffenen, daß der VA vollzogen werden kann, indem sie die Gefahr verwirklicht. Damit ist aber die Beschwer für den Betroffenen möglicherweise ja noch intensiviert worden. Da das Ge- oder Verbot des VA nicht wie bei der Zurücknahme aufgehoben, sondern durchgeführt wurde,¹⁾ besteht der VA nun mit seinen Vollzugsfolgen fort, die ebenfalls eine Beschwer darstellen. Der Verwaltungsakteempfänger ist nach Vollzug des VA durch den vollzogenen VA beschwert. Dieser intensivierten Beschwer trägt das Gesetz durch § 113 Abs. 1 Satz 2 Rechnung, der es dem Gericht erlaubt, neben der Aufhebung des VA auf Antrag auszusprechen, daß die Vollzugsfolgen rückgängig zu machen sind.

Die Frage liegt nahe, ob obiges ausnahmslos gilt oder ob es doch hier und da Fälle geben kann, in denen der Vollzug des VA diesen erledigt.

Zunächst ist zu sagen, daß die Vollziehung des VA eine Erledigung auf andere Weise nicht ausschließt.²⁾ Das ist noch keine Antwort auf die obige Frage, bedarf aber der Erwähnung. Als Beispiel dafür mag folgender Fall dienen: eine Versammlung, die auf einen bestimmten Zeitpunkt festgesetzt ist, wird verboten und das Verbot wird auch durchgeführt. Hier hat sich der verbietende VA nicht durch seinen Vollzug, wohl aber durch Zeitablauf erledigt.³⁾ Mit Verstreichen des Versammlungstermins hätte sich der VA auf jeden Fall erledigt.

Nun zu der eigentlichen Frage, ob der Vollzug selbst u.U. erledigende Wirkung haben kann. Das wird weitgehend bejaht.⁴⁾

1) Meyer, a.a.O.

2) Meyer, a.a.O.

3) Meyer, a.a.O., S. 191.

4) Obermayer, Lehrbuch, S. 246; Eyermann-Fröhler, § 113, Anm. 39; OVG Hamburg, DVBl 67, 422 (424); Meyer, a.a.O.; VG Karlsruhe, DVBl 67, 861.

Es muß sich um Fälle handeln, in denen sich die Beschwer des VA mit dem Vollzug erschöpft.¹⁾ Das ist immer dann anzunehmen, wenn es nicht mehr möglich ist, den vor der Vollziehung bestehenden Zustand wieder herzustellen,²⁾ wenn also das Gericht nicht mehr in der Lage ist, die Rückgängigmachung der Vollzugsfolgen anzuordnen (§ 113 Abs. 1 Satz 3). Der Vollzug schafft also eine Situation, die weder durch nachträgliche Aufhebung des Ge- oder Verbotes noch durch die Anordnung der Rückgängigmachung ungeschehen gemacht werden könnte.³⁾ Beispiele dafür sind etwa der Vollzug einer Abbruchsanordnung,⁴⁾ wobei zu beachten ist, daß die Abbruchsanordnung nicht zugleich das Verbot der Wiederherstellung enthalten darf, das über den Vollzug hinaus wirksam wäre, oder gewisse polizeiliche Realakte, wie die Auflösung einer zeitlich nicht festgelegten Versammlung.⁵⁾ Abweichend davon hat das BVerwG,⁶⁾ das sich mit der polizeilichen Auflösung einer zeitlich nicht festgelegten Versammlung zu befassen hatte, entschieden:

"... Erledigt war der VA nicht etwa deswegen, weil er vollzogen worden war, sondern weil sich die Geltungsdauer des durch Anwendung unmittelbaren Zwangs vollzogenen polizeilichen Gebots nach Verlassen der Leopoldstraße inhaltlich erschöpft hatte und die Anwendung unmittelbaren Zwangs nicht mehr rückgängig gemacht werden konnte."

1) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

2) Vgl. Anm. 4), S. 63; Lorenz, Diss., S. 167.

3) Wolff, § 54, I a 6, nimmt das bei allen belastenden VAn an, die nicht auf eine vermögenswerte Leistung gerichtet sind.

4) Forsthoff, 8. Aufl., S. 502; Meyer, a.a.O.; Obermayer, a.a.O.

5) Meyer, a.a.O.; Brandl, BayVB1 67, 82 (84), lehnt in diesem Fall eine Erledigung des VA ab, da Zweckerreichung des VA nicht als sein Gegenstandsloswerden bezeichnet werden könne.

6) DVBl 57, 380; zu dieser Entscheidung des BVerwG neuestens kritisch Renck, JuS 70, 113 ff., insbesondere zu dem Begriff des "realen VA".

Es wäre doch besser zu sagen, daß in solchen Fällen gerade die Vollziehung des VA die beschriebenen Auswirkungen hat, so daß der Vollzug selbst erledigende Wirkung hat.

Schon früher hat das BVerwG¹⁾ ausgesprochen, daß der VA der Androhung eines Zwangsmittels seine Erledigung darin und dadurch findet, daß das Zwangsmittel angewendet wird. Die Anwendung des Zwangsmittels ist aber nichts anderes als die Vollziehung.

Der Vollzug muß also eine Erledigung des VA bewirken, wenn eine Rückgängigmachung der Vollzugsfolgen unmöglich ist.²⁾

3. Erledigung durch Zeitablauf

Ob Erledigung eines VA durch Zeitablauf eingetreten ist, ist weitgehend Tatfrage.³⁾ Es muß sich um Fälle⁴⁾ handeln, in denen nach Verstreichen einer gewissen Zeit die Beschwer des VA von sich aus wegfällt. Es ist hierbei, wie oben schon erwähnt, der Wegfall der sog. intensiven Beschwer ausreichend, so daß eine evtl. weiterbestehende Gefahr der Wiederholung des VA außer Betracht bleiben kann.

Eine Erledigung lediglich durch Zeitablauf erfordert, daß entweder eine durch den VA selbst bestimmte Geltungsdauer oder ein gewisser Termin verstrichen sind. Der Begriff "Zeitablauf" bedingt also als Gegenstücke eine Frist oder einen Termin. Mit Ablauf der für das Ge- oder Verbot geltenden Frist tritt ohne weiteres Erledigung ein.

1) NJW 56, 1652 (1653); ebenso Köhler, § 113, D II 4.

2) Nicht kann die Erledigung dadurch gehindert werden, daß sich irgendwelche Ersatzansprüche ergeben (§ 839 BGB oder Entschädigungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung). Diese Ansprüche haben bestenfalls Bedeutung für das berechnigte Interesse des § 113 Abs. 1 Satz 4. § 113 Abs. 1 Satz 4 verlangt eben keine "völlige Erledigung", was sich aus den Voraussetzungen des "berechtigten Interesses" ergibt.

3) Müller, DÖV 65, 38 ff.

4) Beispiele: Zeitablauf bei einer Straßensperre (Schunk-de Clerck, § 113, 2 c aa); ein Baugesuch wird nach § 15 BBauG zurückgestellt, die Frist ist abgelaufen (Brandl, BayVB1 67, 84).

Als Beispiel dafür, daß das Verstreichen eines festen Termins Erledigung zur Folge haben kann, mag wieder das Verbot einer Versammlung dienen:

Wird eine für einen bestimmten Termin vorgesehene Versammlung behördlich verboten, so erledigt sich der verbietende VA mit Verstreichen des Versammlungstermins,¹⁾ und zwar unabhängig davon, ob das Verbot vollzogen wurde oder nicht. Bei Vollzug des Verbotes tritt die Erledigung nicht durch den Vollzug, sondern durch den Zeitablauf ein.²⁾

Anders ist es hingegen, wenn eine zeitlich nicht festgelegte Versammlung verboten wird (diese Fälle werden allerdings seltener sein). Hier kann sich der VA, der, solange die Versammlung noch nicht stattgefunden hat, immer verbindlich bleibt, nur durch den Vollzug selbst erledigen. Im übrigen stellt die Erledigung durch Zeitablauf keine sonderlichen Probleme.³⁾

4. Erledigung durch Änderung der für den VA maßgebenden Sachlage

a) Allgemeines

Ähnlich wie bei Erledigung durch Zeitablauf ist es auch hier weitgehend Tatfrage, ob die Änderung tatsächlicher Umstände nun erledigt oder nicht.⁴⁾ Es ist im einzelnen Fall zu ermitteln, welche besondere Bedeutung der Änderung der Sachlage hinsichtlich des VA zukommt. Die Frage, ob durch Änderung der Sachlage überhaupt Erledigung eintreten kann, ist ohne weiteres zu bejahen.⁵⁾ Ergeht z.B. ein VA,

1) OVG Hamburg, DVBl 67, 422.

2) Vgl. oben S. 64.

Diese Auffassung deckt sich nicht mit der des BVerwG in DVBl 67, 380 (siehe oben S. 64), da das BVerwG den Fall behandelte, daß eine zeitlich nicht festgelegte Versammlung aufgelöst wird!

3) Neben der Erledigung durch Zeitablauf gibt es auch noch den Fall, daß sich ein unter einer auflösenden Bedingung erlassener VA mit Eintritt dieser Bedingung erledigt (Wolff, § 54, I).

4) Müller, DÖV 65, 38 ff.

5) Müller, a.a.O.; Wolff, a.a.O.; Lorenz, Diss., S. 167.

der einem Grundstückseigentümer befiehlt, die baufällige Ruine auf seinem Grundstück abzureißen, und brennt die Ruine vor Durchführung der Abbruchverfügung ab, so hat sich der VA zweifelsfrei erledigt, da er nicht mehr beschwert. Das ist ein Fall des tatsächlichen Unmöglichwerdens infolge Veränderung der Sachlage.¹⁾

Die Unzahl der im einzelnen möglichen tatsächlichen Veränderungen verbietet es, auch nur einen annähernden Überblick zu geben. Jeder Fall ist anders und muß daher immer wieder neu geprüft werden. Will man also eine unvollständige Kasuistik vermeiden, muß man sich auf die Feststellung beschränken, daß Erledigung eines VA durch Änderung der Sachlage möglich ist.²⁾

Es ist lediglich noch darauf hinzuweisen, daß eine Änderung der Sachlage nicht nur die Konsequenzen haben kann, daß der VA sich entweder erledigt oder daß sie keinerlei Auswirkungen auf den VA hat. Es gibt Fälle, in denen die Veränderung der Sachlage eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörde begründet, den VA zu ändern oder ganz aufzuheben. Bis zur Änderung oder Aufhebung besteht der VA jedoch in seiner bisherigen Form weiter. Dieses im einzelnen umstrittene Problem soll nur erwähnt sein.

b) Tod des Klägers

Ein Unterfall der Erledigung durch Änderung der Sachlage ist die Erledigung des VA durch den Tod des Klägers!

Die VwGO selbst enthält keine Bestimmungen darüber, wie sich der Tod eines Beteiligten auf das anhängige verwaltungsgerichtliche Verfahren auswirkt.

1) Wolff, a.a.O.

2) Zum Beispiel: ein um Asyl Nachsuchender wandert aus (Eyermann-Fröhler, § 161, 8); ein zwangseingewiesener Obdachloser hat anderweitig eine Wohnung gefunden (Schunck-de Clerck, § 113, 2 c aa).

Machte der verstorbene Kläger¹⁾ nicht höchstpersönliche Rechte²⁾ geltend, wird allgemein anerkannt, daß nach § 173 VwGO die Bestimmungen der ZPO über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239, 246 ZPO) grundsätzlich auch auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren anwendbar sind.³⁾

Abgesehen vom Fall des § 246 ZPO wird beim Tod des Klägers das Verwaltungsstreitverfahren also unterbrochen bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den oder die Erben des verstorbenen Klägers. Da ein nicht höchstpersönliches Recht vererblich ist,⁴⁾ ist der Erbe in der Lage, weiterhin zur Hauptsache zu verhandeln. Eine Erledigung ist nicht eingetreten.

Hatte der verstorbene Kläger hingegen ein höchstpersönliches Recht⁵⁾ geltend gemacht, was der Regelfall ist, so hat das ProVG⁶⁾ anders entschieden. Es führte aus, Voraussetzung eines jeden, auch auf eine Kostenentscheidung beschränkten Verwaltungsstreitverfahrens sei das Vorhandensein von mindestens zwei Parteien. Die Fortsetzung des Verwaltungsstreitverfahrens sei dann unmöglich, wenn diese Voraussetzung nicht mehr gegeben sei. In solchen Fällen werde das Verfahren durch den Tod des Klägers beendet;

-
- 1) Kläger kann auch eine juristische Person sein. Hier wird allerdings von "Erlöschen" der juristischen Person gesprochen (Wolff, a.a.O.).
 - 2) Das sind im Verwaltungsrecht Ausnahmefälle, etwa bei rein vermögensrechtlichen Ansprüchen des öffentlichen Rechts (Forsthoff, S. 185).
 - 3) Eyermann-Fröhler, § 61, Anm. 13; Jarosch, DÖV 63, 133; OVG Münster, NJW 57, 437; BVerwG DÖV 63, 384.
 - 4) Forsthoff, S. 185.
 - 5) Öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten haben grundsätzlich persönlichen Charakter. Sie erlöschen mit dem Tode (Forsthoff, a.a.O.). Die Verwaltungsstreitsache hat ihrer Natur nach höchstpersönlichen Charakter (BVerwG, DVBl 63, 523).
 - 6) Bd. 102, 264; ebenso BVG Berlin amerik. Sektor, VRspr. 2, 262.

für eine besondere Kostenentscheidung sei unter diesen Umständen kein Raum mehr.

Diese Rechtsprechung ist heute überholt, da sie sich als äußerst prozeßunökonomisch erwiesen hat.¹⁾ Darüber hinaus ist nicht einzusehen, warum die Erben nicht zumindest dazu in der Lage sein sollten, das Verfahren zur Herbeiführung einer Entscheidung über die Kosten fortzusetzen.²⁾

Das entspricht auch dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge der Erben, wonach sie auch für die Kostenschuld des Erblassers haften.³⁾

Aus diesen Gründen geht die heute h.M. im Schrifttum und Rechtsprechung dahin, daß die Erben das Verfahren, selbst wenn es um ein höchstpersönliches Recht des verstorbenen Klägers geht, aufnehmen können, wenn die Aufnahme des Verfahrens auch auf den Kostenpunkt beschränkt bleibt.⁴⁾

Die Hauptsache bzw. der VA sind erledigt, da das höchstpersönliche Recht bzw. die höchstpersönliche Pflicht des Klägers mit dessen Tod erloschen ist und insoweit der Streit für die Erben gegenstandslos geworden ist.

Obwohl die Erben also nicht Rechtsnachfolger bezüglich des streitbefangenen Rechts oder der streitbefangenen Pflicht sind, ist § 239 Abs. 1 ZPO auch hier anwendbar.

"Der Begriff der Rechtsnachfolge i.S. dieser Vorschrift ist aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit weit auszulegen. Er setzt nicht unbedingt eine Rechtsnachfolge in das im Streit befangene Recht voraus. Unter dem Begriff der Rechtsnachfolge i.S. v. § 239 Abs. 1 ZPO ist vielmehr jede Nachfolge in alle Rechte und Pflichten des Trägers der vom Prozeß betroffenen Vermögensmasse zu verstehen." 5)

1) Vgl. OVG Münster, NJW 57, 437.

2) Linn, DVBl 56, 849; Klinger, § 94, B; BVerwG, DVBl 63, 523; VGH Kassel, DVBl 62, 340.

3) Linn, a.a.O.

4) Eyermann-Fröhler, § 61, 13; Linn, a.a.O.; Klinger, a.a.O.; Redeker-v. Oertzen, § 94, 7; Jarosch, a.a.O.; Neumann, DVBl 58, 197; VGH Kassel, a.a.O.; BVerwG, DVBl 63, 523; OVG Münster, NJW 57, 437; unentschieden Naumann, DVBl 50, 579.

5) BVerwG, DÖV 63, 384; ebenso schon OVG Münster, a.a.O.

Neben dem Vorzug der Prozeßwirtschaftlichkeit und der Tatsache, daß im anhängigen Verfahren gem. § 161 Abs. 2 über die Kosten entschieden werden kann, spricht noch ein entscheidender Punkt für diese Meinung: Die VwGO gibt ja außer der Kostenentscheidung noch die Möglichkeit, bei Erledigung des VA den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 zu stellen. Wären die Erben nun nicht berechtigt, das Verfahren aufzunehmen, würden die Rechte der Erben in unzulässiger Weise beeinträchtigt, da ihnen die Möglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 vorenthalten würde.¹⁾ Das widerspräche dem in der VwGO verankerten Prinzip, "einen möglichst umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten".²⁾

Zusammenfassend kann man feststellen: War eine höchstpersönliche Berechtigung oder Verpflichtung Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und ist der Kläger während des Verfahrens gestorben, so haben sich die Hauptsache (objektiv) und der VA erledigt. Die Erben sind berechtigt bzw. verpflichtet, das Verfahren aufzunehmen, wobei im Gegensatz zur ZPO (§§ 239 Abs. 2 bis 5, 246 Abs. 2 ZPO) die Aufnahme des Verfahrens auch ohne Antrag des Gegners wegen des herrschenden Untersuchungsgrundsatzes vom Gericht er-

1) Naumann, DVBl 50, 579, sagt in diesem Zusammenhang: "Ob der Erbe den Prozeß zwecks Stellung eines Feststellungsantrages nach § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO 165 aufnehmen kann, ist zumindest bei höchstpersönlichen Streitgegenständen fraglich." Diese Formulierung ist insofern mißverständlich, als bei nicht höchstpersönlichen Ansprüchen ja gar keine Erledigung eintritt. Eine Aufnahme zwecks Stellung des Feststellungsantrags erkennen jedenfalls an: Redeker-von Oertzen, § 94, 7; Jarosch, DÖV 63, 133; BVerwG, DÖV 63, 384; OVG Münster, NJW 57, 437. - Eine hier nicht interessierende Frage ist, ob an das "berechtigte Interesse" besondere Anforderungen zu stellen sind, da der Antragsteller ja nur Erbe ist und selbst nie betroffen war.

2) So OVG Münster, a.a.O., allerdings in Hinblick auf die MRVO 165, doch darf dieses Zitat bedenkenlos für das Verfahren der VwGO übernommen werden.

zwungen werden kann.¹⁾ Das Gericht hat eine Entscheidung gem. § 161 Abs. 2²⁾ oder bei entsprechendem Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 zu treffen.

5. Erledigung durch Änderung der für den VA maßgebenden Rechtslage

a) Grundsätzlich keine Erledigung durch Rechtsänderungen

Die Frage des Einflusses einer Rechtsänderung auf den angefochtenen VA speziell im Hinblick auf dessen Erledigung i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist bisher stiefmütterlich behandelt worden.

Teilweise findet sich der kommentarlose Hinweis, daß Erledigung des VA³⁾ bzw. des Rechtsstreits⁴⁾ durch Änderung der Rechtslage eintreten kann. Das ist jedoch alles andere als selbstverständlich, wenn es sich um die Erledigung eines streitbefangenen VA handelt.

Insbesondere zwei Aufsätze widmen diesem speziellen Problem einige Aufmerksamkeit.

OPPERMANN⁵⁾ ist der Meinung, daß eine während des Verwaltungsstreitverfahrens eintretende Gesetzesänderung eine Erledigung der Hauptsache nur dann zur Folge haben kann, wenn das neue Gesetz selbst das anhängige Verfahren für erledigt erklärt.

1) Eyermann-Fröhler, § 67, 15; a.A. Baumbach-Lauterbach, § 239, 6.

2) Hier bedarf es nicht wie sonst einer Erledigungserklärung. Unabhängig davon kann das Gericht beim Tod des Klägers, der einen höchstpersönlichen Anspruch geltend gemacht hatte, die Hauptsache für erledigt erklären (Redeker-v. Oertzen, § 107, 20; Bunte, Diss., S. 191).

3) Schüffner, DÖV 52, 455.

4) KG Berlin (West), MDR 54, 489; OVG Lüneburg, DVBl 51, 700.

5) DÖV 54, 211.

Für die Anfechtungsklage begründet das OPPERMANN damit, daß sonst eine Erledigung durch Gesetzesänderung schon deshalb nicht eintreten kann, weil "Gegenstand des Streits die Aufhebung des angefochtenen VA ist und die Entscheidung darauf abzustellen ist, ob dieser zur Zeit seines Erlasses - oder Beschwerdebescheides - rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigte." Aus diesem Grunde sei also jede spätere Rechtsänderung für die Entscheidung des Gerichts belanglos, infolgedessen könne auch keine Erledigung des VA eintreten. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts nachzuprüfen, ob der VA nach der Rechtsänderung neuerdings rechtswidrig bzw. rechtsgültig geworden wäre.

Aber auch bei Klagen auf Vornahme eines VA kommt OPPERMANN zu dem gleichen Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung. Hier bringt OPPERMANN das Beispiel, daß der Kläger eine günstigere als die gewährte Schadensfestsetzung begehrt und daß während des Verfahrens ein Gesetz ergeht, auf Grund dessen das Gericht seinen bisherigen dem Kläger günstigen Standpunkt vermutlich aufgeben wird. Hier sei zwar die Erfolgsaussicht des Klägers gemindert, aber von Erledigung könne keine Rede sein, da auch über Gültigkeit und Auslegung des neuen Gesetzes ja noch gestritten werden könne. Nach Meinung OPPERMANNs kann also das Ergehen eines neuen Gesetzes allein, abgesehen von der oben erwähnten Ausnahme, den VA nicht erledigen.

MÜLLER¹⁾ macht im Gegensatz zu OPPERMANN die Entscheidung der Frage, ob Erledigung durch Rechtsänderung eintreten kann oder nicht, vom Klageantrag abhängig. Beantragt der Anfechtungskläger Aufhebung des VA, weil er im Erlaßzeitpunkt rechtswidrig war, so ist eine Rechtsänderung während des Verfahrens unbeachtlich; beantragt der Anfechtungskläger Aufhebung des VA, weil er rechtswidrig ist, so soll eine Rechtsänderung, die den VA nunmehr stützt, zur Erledigung führen. Da jedoch die Anträge selten so genau formuliert werden, kommt MÜLLER mit Hilfe der Auslegung dahin, daß der Kläger Aufhebung des VA begehrt, weil er

1) DÖV 65, 38 ff.

rechtswidrig ist, hilfsweise, weil er zum Erlaßzeitpunkt rechtswidrig war, so daß eine Rechtsänderung also auf jeden Fall unbeachtlich ist. Da Erledigung mithin nicht eintritt, nimmt das Anfechtungsverfahren seinen Fortgang.

Sowohl die Ausführungen OPPERMANNs wie auch die MÜLLERS sind summarischer Natur und können deshalb keine Klärung des Problems bringen, ganz abgesehen davon, daß sie in ihrer Gedankenführung nicht übereinstimmen und schon deshalb eher verwirrend als aufklärend wirken. Sie sollen daher lediglich Ausgangspunkte sein, auf die am gegebenen Ort zurückzukommen sein wird.

Als entscheidende Frage kristallisiert sich auch in diesem Zusammenhang heraus, welcher Zeitpunkt für die Sachentscheidung bei der Anfechtungs- wie auch Verpflichtungsklage der entscheidende ist. Sowohl OPPERMANN als auch MÜLLER gehen von dieser ihrer Ansicht nach grundlegenden Frage aus und richten ihre Entscheidung, ob Erledigung oder nicht, weitgehend danach aus.

Die wohl überwiegende Meinung geht dahin, daß bei der Anfechtungsklage für die Entscheidung grundsätzlich die Rechtssituation zur Zeit des Erlasses des VA, bei der Verpflichtungsklage grundsätzlich die Rechtssituation im Entscheidungszeitpunkt die entscheidende sei.¹⁾

Die Meinungen gehen jedoch dann auseinander, wenn Gegenstand der Anfechtungsklage ein VA mit Dauerwirkung oder ein noch nicht vollzogener VA²⁾ ist. Sind derartige VAs Gegenstand einer Anfechtungsklage, so ergibt sich sowohl ein materiellrechtliches als auch ein prozeßrechtliches Problem.³⁾ Materiellrechtlich stellt sich die Frage, ob

1) Ule, § 108, III; Schweiger, DVBl 64, 205; Oppermann, a.a.O.; Hauelsen, NJW 58, 1065; Menger, DVBl 53, 447; Klinger, § 42, C 2; Köhler, DVBl 59, 657; BVerwGE 2, 55; BVerwG, DÖV 54, 213.

2) Hauelsen, a.a.O., warnt vor einer "schematischen" Gleichstellung dieser beiden Gruppen von VAn.

3) Hauelsen, a.a.O.; de Clerck, NJW 59, 968 ff.

eine nachträgliche Änderung auf den noch nicht vollzogenen oder noch fortwirkenden VA überhaupt noch Einfluß nehmen kann. Prozeßrechtlich bleibt dann noch zu klären, ob das Gericht eine auf den VA einflußnehmende Rechtsänderung berücksichtigen kann.

Materiellrechtlich ist problematisch, ob ein fortwirkender VA durch Rechtsänderung rechtswidrig bzw. rechtmäßig werden kann. Die Wirkung, daß der VA ex tunc, also rückwirkend ab dem Zeitpunkt seines Erlasses, rechtswidrig oder zulässig wird, kann das neue Gesetz grundsätzlich nicht haben.¹⁾ Hingegen wird die Meinung, daß ein späteres Rechtswidrigwerden des VA begrifflich ausgeschlossen sei,²⁾ zu weit gehen. Es wird heute weitgehend anerkannt, daß ein VA mit Dauerwirkung mit dem Erlaß eines neuen Gesetzes - also nicht ex tunc, sondern ex nunc - rechtswidrig werden kann,³⁾ denn "die Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Bürger muß während der ganzen Dauer der Wirksamkeit des VA dem jeweils geltenden Recht entsprechen. Nicht allein die Maßnahme, durch die das künftige Verhalten des Betroffenen geregelt worden ist, sondern der Inhalt ist entscheidend."⁴⁾

Die Formulierung "rechtswidrig werden ex nunc" erlaubt es eigentlich bei näherem Hinschauen nicht, von dem Rechtswidrig-

1) Eyermann-Fröhler, § 113, Anm. 13; Forsthoff, 8. Aufl., S. 502. - Eine Ausnahme muß dann gelten, wenn das neue Gesetz rückwirkende Kraft hat, doch kann man in diesem Fall begrifflich gar nicht mehr von Rechts"änderung" sprechen, da das neue Gesetz ja so zu behandeln ist, als wäre es vor dem VA erlassen worden.

2) Schweiger, DVBl 64, 213.

3) Forsthoff, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Haueisen, NJW 60, 1884; de Clerck, NJW 59, 959; BVerwG, JZ 66, 139; Müller, DÖV 65, 38.

4) BVerwG, a.a.O.; ebenso BVerwG, DVBl 67, 382; ablehnend Ule / Sellmann, JuS 67, 308 ff.

werden des VA zu sprechen. Es muß, will man genau sein, zwischen dem "Befehlsvorgang" und dem "Befehlsinhalt" des VA unterschieden werden, wie es auch das BVerwG¹⁾ getan hat.

BACHOF,²⁾ auf den die oben verwendete Terminologie zurückzuführen ist, trennt zwischen der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Verhaltens der Behörde auf der einen Seite und des späteren Verhaltens der Behörde bei der Aufrechterhaltung ihrer Regelung, obwohl der "VA" sich aus beidem zusammensetzt.³⁾

Bejaht man die Möglichkeit, daß ein VA mit Dauerwirkung ex nunc rechtswidrig werden kann, ist konsequenterweise auch die Möglichkeit zu bejahen, daß ein ursprünglich fehlerhafter VA ex nunc rechtmäßig - also nicht ex tunc "geheilt" - werden kann.⁴⁾

Die längere Zeit andauernde Wirksamkeit eines VA mit Dauerwirkung erlaubt eine zeitliche Aufteilung des VA in rechtmäßige und rechtswidrige Teilabschnitte, ohne daß das grundsätzlich schutzwürdige Interesse des Klägers an der ex tunc-Wirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils übergangen wird, denn der VA kann ex tunc bis zu dem Zeitpunkt aufgehoben werden, in dem das neue, ihn nun stützende Gesetz ergangen ist.⁵⁾

1) BVerwG, JZ 66, 139.

2) JZ 66, 140.

3) Diese Meinung Bachofs ist nicht stellvertretend für eine allgemeine Meinung, sie wird vielmehr teilweise heftig angegriffen, darauf soll jedoch nicht im einzelnen eingegangen werden. Vgl. aber insbes. die frühere Rspr. des BVerwG (grdl. BVerwGE 1, 35; 2, 55; 2, 259), die davon ausging, daß ein einmal rechtmäßig erlassener VA nicht mehr nachträglich rechtswidrig werden könne, eine nachträgliche Änderung der den VA rechtfertigenden Verhältnisse begründe daher allenfalls einen Anspruch auf Rücknahme des VA ex nunc oder Wiedereinsetzung in die durch den VA entzogene Rechtsstellung, der aber nicht mit einer notwendig auf die Aufhebung des angefochtenen VA ex tunc gerichteten Anfechtungsklage geltend gemacht werden könne. Diese Rspr. wurde allerdings in neuerer Zeit geändert. Gegen Bachof sprachen sich zuletzt im Schrifttum Ue / Sellmann, JuS 67, 308 und Schweiger, NJW 67, 316 (317) aus.

4) Müller, DÖV 65, 38 ff.; Haueisen, NJW 60, 1884; a.A. BVerwG DÖV 54, 213; Forsthoff, 8. Aufl., S. 502.

5) de Clerck, NJW 59, 969; zur Aufhebung ex nunc vgl. BVerwGE 22, 16.

Nachträgliche Änderungen der Rechtslage können also auf VAe, die sich mit ihrem Erlaß nicht erschöpfen, sondern Dauerwirkungen haben oder noch nicht vollzogen sind, einwirken. Falls die Rechtsänderung während des Verfahrens eintritt, liegt der VA nunmehr mit dieser Einwirkung dem Gericht zur Entscheidung vor.¹⁾

Prozessual stellt sich die Frage, ob das Verwaltungsgericht nun in der Lage ist, eine für den VA maßgebende Rechtsänderung im verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren zu berücksichtigen. Für die Verpflichtungsklage wird das überwiegend bejaht.²⁾ Das Gericht hat also von der Rechtslage zur Zeit der Urteilsfindung auszugehen. Das Gericht hat zu prüfen, ob in diesem Zeitpunkt der Anspruch des Klägers begründet und demgemäß die Ablehnung oder Unterlassung des begehrten VA rechtswidrig ist.³⁾ Jedoch ist auch hier Vorsicht geboten insofern, als der für die Entscheidung maßgebliche Zeitpunkt nicht immer der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung sein muß.

"Wenn Zeitabschnittsgesetze einander ablösen, ist die Entscheidung über eine Vornahmeklage nicht notwendig dem jeweils letzten Gesetz zu entnehmen, sondern vielmehr aus demjenigen, in dessen Geltungsdauer das Gesetz fällt, aus dem sich der vermeintliche Anspruch ableitet."⁴⁾ Bei derartigen Fällen ist es wohl richtig, dem Antrag des Klägers die entscheidende Bedeutung beizumessen. Der Kläger bestimmt letztenendes mit seinem Antrag den für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt.⁵⁾ Das bedeutet keine Einschränkung des oben ausgesprochenen Grundsatzes, daß das Verwaltungsgericht in der Lage bzw. sogar verpflichtet ist, bei entsprechend gestelltem Antrag die eingetretene Rechtsänderung zu berücksichtigen.

1) de Clerck, a.a.O.

2) Oppermann, DÖV 54, 211; Ule, Lehrbuch, S. 370; BVerwGE 1, 291; Klinger, § 42, D 2; Haueisen, a.a.O.

3) Klinger, a.a.O.

4) BVerwG DVB1 58, 256.

5) Bachof, JZ 66, 140; Eyermann-Fröhler, § 113, Anm. 2.

Umstrittener ist die Situation bei der Anfechtungsklage. Entscheidend ist, ob der Blick des Gerichts und der Beteiligten nur "in die Vergangenheit gerichtet ist".¹⁾ Unzweifelhaft ist das bei VAen, deren Wirkung bereits abgeschlossen ist,²⁾ da Rechtsänderungen auf diese keinerlei Einfluß mehr nehmen.

Bei den hier interessierenden fortwirkenden VAen wird diese lediglich retrospektive Entscheidung zweifelhaft. Dennoch hat das BVerwG in ständiger Rechtsprechung lange Zeit den Standpunkt vertreten, daß für die verwaltungsgerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines angefochtenen VA nur die Rechtslage zur Zeit seines Erlasses maßgebend sei,³⁾ selbst wenn der VA fortwirke. Auch im Schrifttum finden sich Stimmen, die bei der Anfechtungsklage eine Berücksichtigung der veränderten Rechtslage in keinem Fall zulassen wollen.⁴⁾ Das Schwergewicht wird dabei darauf gelegt, daß der angefochtene VA, also das Handeln der Behörde, die den VA gesetzt hat,⁵⁾ überprüft werden soll. Diese Auffassung wird jedoch den Besonderheiten des VA mit Dauerwirkung nicht gerecht und vernachlässigt den Gesichtspunkt, daß neben der Maßnahme, durch die das künftige Verhalten des Betroffenen geregelt worden ist, dem Inhalt der Regelung eine entscheidende Bedeutung zukommt.⁶⁾ Aus diesen Überlegungen heraus ist das BVerwG schon früh in seinen Urteilen vom 14.11.1957⁷⁾ und vom 27.6.1961⁸⁾ von

1) Menger, DVBl 53, 447.

2) Menger, a.a.O.

3) GrdI. BVerwGE 1, 35; 2, 55; 2, 259.

4) Ule, Lehrbuch, S. 366; Schweiger, DVBl 64, 205; ders. NJW 67, 616; Ule / Sellmann, JuS 67, 308; so auch Oppermann, a.a.O.

5) Schweiger, DVBl 64, 213.

6) BVerwG JZ 66, 139.

7) BVerwGE 5, 351 ff.

8) DVBl 61, 731 ff.

seiner ständigen Rechtsprechung abgewichen und hat später Veränderungen der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt. Mit den Urteilen vom 5.8.1965¹⁾ und vom 9.2.1967²⁾ hat das BVerwG seine frühere Rechtsprechung endgültig aufgegeben.

Auch im Schrifttum wird überwiegend vertreten, daß das Verwaltungsgericht grundsätzlich dazu in der Lage und verpflichtet ist, eine während des Verwaltungsstreitverfahrens eingetretene Rechtsänderung bei der Entscheidung zu berücksichtigen.³⁾

Im einzelnen bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Rechtsänderung eo ipso⁴⁾ prozessual erheblich werden kann oder ob ein bestimmter Antrag⁵⁾ für die Berücksichtigung der veränderten Rechtslage Voraussetzung ist. Das soll hier nur am Rande interessieren. Es scheint richtig, den Antrag des Klägers als entscheidend anzusehen; es ist also zu berücksichtigen, ob der Kläger die Aufhebung des VA ex tunc oder ex nunc verlangt.⁶⁾

Verlangt der Kläger lediglich Aufhebung ex tunc, wird eine spätere Rechtsänderung nicht berücksichtigt, verlangt er nur Aufhebung ex nunc, wird sie berücksichtigt. Bei der Auslegung der in den meisten Fällen nicht so genau formulierten Anträgen wird aber immer zu berücksichtigen sein, daß es dem Kläger bei nicht vollzogenen und VAen mit Dauerwirkung regelmäßig auf Beseitigung der künftigen Wirkungen und der Vollziehungsmöglichkeit ankommt.⁷⁾

1) JZ 66, 138.

2) DVB1 67, 382.

3) Klinger, § 42, C 2 b; de Clerck, NJW 59, 969; Haueisen, NJW 58, 1065; Menger, "System", S. 216; Bachof, JZ 66, 140; Eyermann-Fröhler, § 113, Anm. 2 ff.; Forsthoff, 8. Aufl., S. 502.

4) So wohl Klinger, a.a.O.; Menger, a.a.O.; Haueisen, a.a.O.; de Clerck, a.a.O.

5) Bachof, a.a.O.; Köhler, DVB1 59, 657; Eyermann-Fröhler, a.a.O.

6) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

7) de Clerck, NJW 59, 969.

Die kassatorische Natur des Anfechtungsurteils verbietet es dem Gericht nicht, den VA nur teilweise aufzuheben,¹⁾ sei es von einem bestimmten Zeitpunkt ab bei nachträglicher Rechtswidrigkeit, sei es bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bei nachträglicher Rechtmäßigkeit.²⁾ § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ("soweit") erlaubt es, diesen Schluß zu ziehen. Ohne wie bereits gesagt auf Einzelheiten eingehen zu müssen, kann man feststellen:

Ist ein noch nicht vollzogener oder ein VA mit Dauerwirkung angefochten worden, so ist das Verwaltungsgericht bei entsprechendem Antrag in der Lage, eine während des Verfahrens eingetretene und für den VA maßgebliche Rechtsänderung zu berücksichtigen.

Jetzt kann die erste Kritik an der von OPPERMANN vertretenen Auffassung angebracht werden. Sein Argument, daß Erledigung bei Anfechtungsklagen durch Änderung der Rechtslage schon deshalb nicht eintreten könne, weil das Gericht bei seiner Entscheidung nur darauf abzustellen habe, ob der VA zur Zeit seines Erlasses - mindestens zur Zeit des Einspruchs- oder Beschwerdebescheides - rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigte, ist nur insoweit schlüssig, als ein VA angefochten ist, dessen Wirkung bereits abgeschlossen ist.

1) Das ist nicht unstreitig, wird jedoch vielfach bejaht; vgl. Menger, "System", S. 173; Forsthoff, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, § 113, 35. Einschränkungen werden allerdings dahingehend gemacht, daß Teilaufhebung dann unzulässig ist, wenn der VA ohne den fehlerhaften Teil nicht erlassen worden wäre oder die Fehlerhaftigkeit den ganzen VA ergriffen hat. - Hält man die Teilaufhebung eines VA hinsichtlich seines sachlichen Inhalts für zulässig, so muß man auch eine Teilaufhebung hinsichtlich der zeitlichen Wirkung für möglich halten.

2) de Clerck, a.a.O.

In diesem Punkt ist die Meinung MÜLLERS, daß grundsätzlich der Klageantrag darüber entscheide, ob eine nachträgliche Rechtsänderung vom Gericht zu berücksichtigen sei, vorzuziehen. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß die Meinung MÜLLERS schlechthin die richtige ist. Es muß hier daran erinnert werden, daß die Frage, welcher Zeitpunkt der maßgebliche ist, nur eine Vorfrage ist. Die richtige Beantwortung dieser Vorfrage entbindet nicht davon, danach zu fragen, ob diese Vorüberlegungen überhaupt angestellt werden dürfen, ob es sich wirklich um eine Vorfrage handelt, deren Beantwortung für die Klärung des eigentlichen Problems, ob nämlich Erledigung durch nachträgliche Rechtsänderung eintreten kann, Bedingung ist. Die weitere Frage muß also lauten: kann eine nachträgliche Rechtsänderung, vorausgesetzt sie müsse vom Gericht berücksichtigt werden, überhaupt zur Erledigung eines angefochtenen noch nicht vollzogenen oder VA mit Dauerwirkung führen?

MÜLLER bejaht das für den Fall, daß Aufhebung ex nunc beantragt ist, weil der VA rechtswidrig i s t, und nachträglich ein Gesetz ergeht, das den VA nunmehr stützt. Es müßte sich also um ein Gesetz handeln, das den Erlaß eines derartigen VA vorsieht. Erledigung kann in diesem Fall nur eingetreten sein, wenn die Beschwer des VA weggefallen ist und deshalb der Aufhebungsantrag gegenstandslos geworden ist. Diese Konsequenz kann das neue Gesetz aber nicht haben. Mit Erlaß des neuen Gesetzes ist die Klage nur offenkundig unbegründet worden, die Erfolgchancen des Anfechtungsklägers sind abrupt beseitigt worden. Der VA ist nach wie vor existent, er hat sogar nachträglich eine Rechtsgrundlage erhalten, die ihn nachträglich rechtswirksam macht.

Wollte man hier von der Erledigung des VA sprechen, so müßte man die Formel "Wegfall der Beschwer" aufgeben und Erledigung schon dann annehmen, wenn die Entscheidung des Gerichts durch den Erlaß des neuen Gesetzes vollkommen unproblematisch geworden ist. Das wäre aber auch dann der Fall, wenn das neue Gesetz dem ursprünglich zulässigen VA nachträglich die Rechtsgrundlage entzieht. Das ledigliche Unbegründetwerden der Klage kann also nicht mit der Erledi-

gung des VA gleichgesetzt werden. Das gleiche gilt für Gesetze, die einem VA rückwirkend eine Rechtsgrundlage verleihen bzw. diese entziehen.

b) Ausnahme

Nicht hierher gehören solche nachträglichen Rechtsänderungen, die selbst das anhängige Verfahren für erledigt erklären¹⁾ oder fortgeltende VAe gewisser Art ausdrücklich beseitigen.²⁾

Die Tatsache, daß eine nachträgliche Rechtsänderung mit Ausnahme der letztgenannten, keine Erledigung des VA bewirken kann, widerlegt sowohl die Argumente OPPERMANNS als auch die MÜLLERS. Beide gehen davon aus, ob eine nachträgliche Rechtsänderung vom Verwaltungsgericht zu beachten ist. Dieser Ausgangspunkt kann jedoch nicht richtig sein, wenn selbst bei Berücksichtigung der veränderten Rechtslage durch das Gericht der angefochtene VA sich nicht erledigen kann.

E r g e b n i s :

1) Erledigung des VA durch "Zurücknahme" oder anderes hoheitliches Tätigwerden:

a) aa) "Zurücknahme" des VA i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 bedeutet sowohl Rücknahme des rechtswidrigen als auch Widerruf des rechtmäßigen VA.

bb) Die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 setzt die Befugnis der Behörde, nach Erhebung der Anfechtungsklage den VA noch aufzuheben oder zu ändern, voraus.

cc) Auch eine rechtswidrige, jedoch nicht nichtige, Zurücknahme bewirkt die Erledigung des angefochtenen VA.

1) Oppermann, DÖV 54, 211.

2) Wolff, § 54, I c 1.

- b) aa) Der Erlaß eines neuen, nicht lediglich wiederholenden, VA erledigt den angefochtenen VA ganz oder teilweise, je nachdem, ob der nicht geänderte Teil des VA für sich bestehen könnte oder nicht.
 - bb) Soweit ein angefochtener VA durch einen neuen beseitigt worden ist, hat er i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 "auf andere Weise" seine Erledigung gefunden.
 - cc) Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA, obwohl der Kläger die Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen den neu erlassenen VA hat.
 - dd) Die VwGO bietet keine Möglichkeit, daß der neue VA unmittelbar von dem Verfahren über den alten VA mit-erfaßt wird. Der neue VA wird also nicht ohne Prozeßhandlung des Klägers in das laufende Verfahren gewissermaßen automatisch einbezogen und somit zusammen mit dem alten VA zum neuen Klagegegenstand.
Der Kläger hat jedoch die Möglichkeit, die Klage dahingehend zu ändern, daß nun der neue VA Gegenstand der Klage sein soll, wobei auf das Vorverfahren verzichtet werden kann.
- c) Der angefochtene VA kann sich auch dadurch erledigen, daß der Widerspruchsbescheid (stattgebende) erst nach Klageerhebung erlassen wird (sog. nachgeholtes Vorverfahren).
- 2) Erledigung des VA durch Vollzug:
- a) Grundsätzlich bewirkt der Vollzug eines VA nicht dessen Erledigung. Dies läßt sich bereits dem § 113 Abs. 1 S. 2 entnehmen. - Der Vollzug des VA schließt jedoch eine Erledigung des VA auf andere Weise nicht aus.
 - b) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist für den Fall anzunehmen, daß eine Rückgängigmachung der Vollzugsfolgen nicht mehr möglich ist. In diesem Fall hat der Vollzug des VA erledigende Wirkung.

3) Erledigung des VA durch Zeitablauf:

Erledigung durch Zeitablauf tritt immer dann ein, wenn die Geltungsdauer des VA durch Fristablauf beendet wird.

4) Erledigung des VA durch Änderung der für den VA maßgebenden Sachlage:

a) Die Erledigung des VA kann auch durch Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eintreten, soweit diese Änderung den vom VA geregelten Sachverhalt betrifft. Wann dies der Fall ist, ist allerdings eine im Einzelfall zu entscheidende Tatfrage.

b) Ein Unterfall der Erledigung durch Änderung der Sachlage ist die Erledigung des VA durch den Tod des Anfechtungsklägers. Der VA erledigt sich immer dann, wenn eine höchstpersönliche Berechtigung oder Verpflichtung des Verstorbenen Gegenstand des VA waren. - Die Erben sind berechtigt, das Verfahren zwecks Stellung des Feststellungsantrags nach § 113 Abs. 1 Satz 4 aufzunehmen.

5) Erledigung des VA durch Änderung der für den VA maßgebenden Rechtslage:

a) Nachträgliche Änderungen der Rechtslage können auf VAe, die sich mit ihrem Erlaß nicht erschöpfen, sondern Dauerwirkungen haben oder noch nicht vollzogen sind, einwirken. Falls die Rechtsänderung während des Verfahrens eintritt, liegt der VA nunmehr mit dieser Einwirkung dem Gericht zur Entscheidung vor.

b) Das Verwaltungsgericht ist dazu in der Lage und verpflichtet, eine während des Anfechtungsverfahrens eingetretene Rechtsänderung bei der Entscheidung zu berücksichtigen, soweit der Antrag des Klägers eine Berücksichtigung gestattet.

Lautet der Antrag auf Aufhebung des VA lediglich ex tunc, wird eine spätere Rechtsänderung nicht berücksichtigt, lautet er auf Aufhebung des VA lediglich ex nunc, wird sie berücksichtigt.

- c) Aber selbst dann, wenn die nachträgliche Rechtsänderung vom Verwaltungsgericht zu berücksichtigen ist, kann diese nicht die Erledigung des angefochtenen VA zur Folge haben. Sie kann allenfalls zur Folge haben, daß die Anfechtungsklage unbegründet oder gegebenenfalls unzulässig wird.
- d) Nicht hierher gehören jedoch solche nachträgliche Änderungen der Rechtslage, die selbst fortgeltende VAe gewisser Art ausdrücklich beseitigen. In diesen Fällen tritt Erledigung des VA ein.

V. Teilerledigung eines VA

Ein VA kann sich auch nur zum Teil erledigen,¹⁾ wie auch jeder Rechtsstreit sich grundsätzlich teilweise in der Hauptsache erledigen kann. Ebenso wie bei gänzlicher Erledigung des Rechtsstreits besteht die Möglichkeit, den Rechtsstreit für teilweise erledigt zu erklären.²⁾ Bei übereinstimmender Teilerledigterklärung kann jedoch kein gesonderter Beschluß gem. § 161 Abs. 2 VwGO ergehen, weil über die Kosten des Rechtsstreits nur einheitlich entschieden werden kann.³⁾ Durch die übereinstimmende Teilerledigterklärung wird also die Rechtshängigkeit teilweise beseitigt, die Kostenentscheidung hat jedoch durch das Schlußurteil zu erfolgen. Die Bestimmung der Kosten im Schlußurteil bez. des erledigten Teils richtet sich nach § 161 Abs. 2 VwGO. Bei einseitiger Teilerledigterklärung muß das Gericht wie bei der vollen Erledigterklärung die Teilerledigung nachprüfen und spricht dann gegebenenfalls die Teilerledigung der Hauptsache im Endurteil aus.

1) Groschupf, DVBl 61, 840 ff.

2) Koehler, § 161 B III 12.

3) Thomas-Putzo, § 91 a, 9 und Wieczorek, § 91 a, A III c für den Zivilprozeß; nach Koehler, § 161, B III 12, sind die auf die Kostenentscheidung bezüglich des erledigten Teils die zu § 91 a ZPO entwickelten Grundsätze anzuwenden; so auch Redeker-v. Oertzen, § 161, 8; BVerwG NJW 63, 923.

Kann der Kläger bei teilweiser Erledigung des VA aber auch den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO stellen? Ließe man das zu, würde das zu einer Spaltung des Verfahrens in der Weise führen, daß neben die weiterhin teilweise anhängige Anfechtungsklage das Feststellungsverfahren gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO träte.

Für die Entscheidung dieser Frage ist es angebracht, die zur Teilaufhebung eines VA entwickelten Grundsätze heranzuziehen, da diese der angeschnittenen Problematik am nächsten kommen. Grundsätzlich ist ein VA nicht teilbar.¹⁾ Bei Unteilbarkeit stellt sich dann die weitere Frage, ob die Teilung des VA in irgendeiner Form im Urteil möglich ist, überhaupt nicht. Eine Spaltung des Verfahrens, wie sie oben erwähnt wurde, käme von vorneherein nicht in Betracht. Doch wird heute weitgehend anerkannt, daß eine Teilaufhebung des VA im Urteil unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.²⁾ Die teilweise Aufhebung des VA muß seinem Inhalt nach überhaupt möglich sein.³⁾ Das ist dann der Fall, wenn die Wirksamkeit eines Teiles des VA von der Gültigkeit anderer Teile unabhängig ist.⁴⁾ Als Beispiele wären zu nennen, daß der angefochtene VA mehrere selbständige Anordnungen enthält, die auch in getrennten VAen hätten getroffen werden können, so daß es sich nur der äußeren Form nach um einen einheitlichen VA handelt⁵⁾ oder daß ein VA Bedingungen oder Auflagen enthält.⁶⁾ Hinzukommen muß, daß der VA auch ohne den aufzuhebenden Teil von der Verwaltungsbehörde erlassen worden wäre.⁷⁾

1) Hess. VGH, DÖV 52, 157.

2) Klinger, § 113, B 2; Schunck-de Clerck, § 113, 2 a bb; Koehler, § 113, B X 2; Ule, § 113, I 1 c; Menger, "System", S. 173; Forsthoff, 8. Aufl., S. 501; Eyermann-Fröhler, § 113, 35.

3) Klinger, a.a.O.; Menger, a.a.O.

4) Klinger, a.a.O.; Ule, a.a.O.

5) Klinger, a.a.O.; Koehler, a.a.O.: z.B. Verfügung an einen Adressaten hinsichtlich mehrerer Gegenstände.

6) Klinger und Koehler, a.a.O.

7) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

Kann man nun diese zur Teilaufhebung eines angefochtenen VA entwickelten Grundsätze insofern übernehmen, als man den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO immer dann zuläßt, wenn bezüglich des erledigten Teils des VA eine Teilaufhebung möglich gewesen wäre?

Hat sich ein unselbständiger Teil¹⁾ des angefochtenen VA erledigt, so ist der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO schon begrifflich ausgeschlossen. Der erledigte Teil des angefochtenen VA kann kein anderes Schicksal haben als der nicht erledigte; der VA ist entweder im Ganzen rechtmäßig oder rechtswidrig. Neben der begrifflichen Unmöglichkeit, hier eine vom übrigen VA unabhängige Rechtswidrigkeit des erledigten Teils festzustellen, wäre auch jedes Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu verneinen, da die Anfechtungsklage weiterhin anhängig bleibt und im Urteil über den VA im Ganzen entschieden wird.

Hat sich ein Teil des angefochtenen VA erledigt, der selbständig vom Gericht aufgehoben werden könnte, da seine Wirksamkeit von der Gültigkeit des nicht erledigten Teils unabhängig ist,²⁾ so sind die eben gebrachten Argumente gegen die Zulässigkeit des Antrags nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO hinfällig. Schlösse man daraus, daß in diesen Fällen der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 zulässig sein müsse, so wäre das jedoch voreilig. Die zur Teilaufhebung eines VA entwickelten Grundsätze haben ihren Ausgangspunkt in dem Wörtchen "soweit" in § 113 Abs. 1 Satz 1. Daraus wurde der Wille des Gesetzes entnommen, daß eine Teilaufhebung des VA, wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen, im Urteil möglich sein solle. In § 113 Abs. 1 Satz 4 fehlt das Wörtchen "soweit". Das Gesetz spricht hier nur von dem "VA",

1) Z.B. ein angefochtener Gebührenfestsetzungsbescheid wird in geringerer Höhe während des Anfechtungsverfahrens neu erlassen.

2) Forsthoff, a.a.O: "... einem isolierten Rechtsschicksal unterworfen ..."; es soll hier nicht darauf eingegangen werden, wann das im einzelnen der Fall ist.

der sich erledigt hat.¹⁾ Diesem kleinen Unterschied zwischen § 113 Abs. 1 Satz 1 und § 113 Abs. 1 Satz 4 kommt in diesem Zusammenhang große Bedeutung zu. Es ist nicht anzunehmen, daß dieser Unterschied auf einem Redaktionsversehen oder auf Zufall beruht. Dafür stehen beide Bestimmungen zu nahe beieinander und darüber hinaus in einem zu engen logischen Zusammenhang. Man kann also davon ausgehen, daß der Gesetzgeber das Wörtchen "soweit" in § 113 Abs. 1 Satz 4 bewußt nicht verwendet hat.

Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 Satz 1 eine Teilung des VA nicht berücksichtigt haben will. Der Antrag des § 113 Abs. 1 Satz 4 ist also nur zulässig, wenn sich der VA im Ganzen erledigt hat und damit auch der Rechtsstreit im Ganzen gegenstandslos geworden ist.

Die zur Teilaufhebung von VAen entwickelten Grundsätze dürfen also nicht in abgewandelter Form übernommen werden.

§ 113 Abs. 1 Satz 4 geht offensichtlich davon aus, daß ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Feststellung des erledigten Teiles in keinem Falle bestehen könne, auch dann nicht, wenn der erledigte Teil "einem isolierten Rechtsschicksal unterworfen ist", da die Anfechtungsklage ja anhängig bleibt hinsichtlich des nicht erledigten Teiles des VA.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird man jedoch dann annehmen können, wenn es sich nur der äußeren Form nach um einen einheitlichen VA handelt, in dem mehrere selbständige materielle Akte zusammengefaßt sind, z.B. die oben bereits erwähnte Verfügung an einen Adressaten hinsichtlich mehrerer Gegenstände. Erledigt sich einer dieser Akte etwa durch Untergang eines der Gegenstände, so ist wegen des nur formalen Zusammenhangs der verschiedenen selbständigen materiellen Akte der Antrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 grundsätzlich zulässig.

1) Man hätte auch formulieren können: "Soweit sich der VA erledigt hat, ...".

E r g e b n i s :

Der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist nur zulässig, wenn sich der VA im Ganzen erledigt hat und damit auch der Rechtsstreit im Ganzen gegenstandslos geworden ist.

Eine Ausnahme ist für den Fall anzunehmen, daß sich ein nur der äußeren Form nach einheitlicher VA teilweise erledigt hat.

VI. Die Erledigung eines nichtigen VA

1. Auch ein nichtiger VA kann zum Gegenstand einer Anfechtungsklage gemacht werden (Umkehrschluß aus § 43 Abs. 1 Satz 2).¹⁾

Obwohl ein nichtiger VA von Anfang an unwirksam ist, also keinerlei Rechtswirkungen haben kann,²⁾ kann er sich ebenso erledigen wie ein bloß aufhebbarer VA.

Das mag auf den ersten Blick paradox klingen, da Erledigung eines VA ja Wegfall seiner Beschwer bedeutet, die Beschwer eines VA aber durch seine Wirksamkeit bedingt ist. Es darf dabei jedoch nicht übersehen werden, daß ein rechtlich unwirksamer VA sehr wohl tatsächlich wirksam werden kann. Jeder nichtige VA trägt in sich die Vermutung der Rechtswirksamkeit und erhebt so zunächst einmal den Anspruch der Verbindlichkeit.³⁾ Auch ein nichtiger VA kann also Scheinwirkungen haben, die für den Betroffenen zweifellos eine Beschwer darstellen.⁴⁾

Diese Beschwer, die allerdings nur die Funktion einer tatsächlichen Wirksamkeit des VA ist, kann wie beim nur auf-

1) Vgl. Ule, § 42, III 4 b; Eyermann-Fröhler, § 42, 11 b; Koehler, § 113, B VI 3.

2) Vgl. Schunck-de Clerck, § 43, 5 a; Klinger, § 42, II; Koehler, a.a.O.; Obermayer, Lehrbuch, S. 198; Forsthoff, S. 219; Wolff, § 51, III c.

3) Es ist daher m.E. unzutreffend, wenn Klinger a.a.O. den nichtigen VA als ein "nullum" bezeichnet.

4) Forsthoff, S. 220.

hebbarer VA "durch Zurücknahme¹⁾ oder anders" wegfallen. Erst dann wird der nichtige VA in allen seinen Auswirkungen gegenstandslos.

2. Auch wenn sich ein nichtiger VA nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt, kann der Kläger den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen. § 113 Abs. 1 Satz 4 spricht zwar nur von der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA, doch ist Rechtswidrigkeit der weitere Begriff, der auch die Nichtigkeit eines VA mitumfaßt.²⁾ Der Kläger kann daher gegebenenfalls die Feststellung beantragen, daß der angefochtene VA nichtig war (vgl. § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO 165: "rechtswidrig oder nichtig").

3. Diese Feststellungsklage weist einige Besonderheiten auf: Da Gegenstand dieser Klage die Nichtigkeit des erledigten VA ist, handelt es sich hier nicht um eine "Feststellungsklage eigener Art", sondern um eine allgemeine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1). Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der VA nach Erledigung keine unmittelbare Wirksamkeit mehr äußern kann. Ebenso wie Gegenstand der allgemeinen Feststellungsklage ein "vergangenes Rechtsverhältnis"³⁾ sein kann, kann auch die Nichtigkeit eines erledigten VA noch im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage geltend gemacht werden, soweit der Kläger ein berechtigtes Interesse vorweisen kann. § 113 Abs. 1 Satz 4 ist also dann eine Ausprägung des § 43, wenn die Feststellung der Nichtigkeit des erledigten VA beantragt wird.

1) Die Rücknahme eines nichtigen VA hätte lediglich deklaratorische Bedeutung ebenso wie die Aufhebung durch das Gericht; vgl. Eyermann-Fröhler, § 42, Anh. 1.

2) Schunck-de Clerck, § 113, 2 c bb; Görlitz, Diss., S. 87.

3) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 43, 6 mit Nachweisen.

Daraus folgt weiter, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 dann, wenn die Feststellung der Nichtigkeit beantragt wird, nicht wirklich den Rechtsschutz erweitert. Dem Kläger wird nicht eine der VwGO sonst unbekannte Klagemöglichkeit zur Verfügung gestellt, da der Kläger sowohl vor als auch nach Eintritt der Erledigung zu der allgemeinen Feststellungsklage übergehen kann. Die Bedeutung des § 113 Abs. 1 Satz 4 liegt hier vielmehr darin, daß der Kläger den Feststellungsantrag ohne Rücksicht auf die Vorschriften über die Klageänderung und auf eventuell nachteilige Kostenfolgen stellen kann.

E r g e b n i s :

1. Auch ein nichtiger VA kann sich erledigen.
2. § 113 Abs. 1 Satz 4 erlaubt auch die Feststellung der Nichtigkeit eines VA.
3. In diesem Fall ist die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 eine Ausprägung der allgemeinen Feststellungsklage.

3. Kapitel:

§ 113 Abs. 1 Satz 4 UND DER ZEITPUNKT DER ERLEDIGUNG DES VA

- I. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist direkt nur anwendbar,
wenn sich der VA nach Klageerhebung erledigt
(Auslegung des Wörtchens "vorher")

§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO bestimmt, daß der Feststellungsantrag dann gestellt werden kann, wenn sich der VA "vorher" erledigt hat. Die Rechtsschutzmöglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO wird damit in unmittelbare Beziehung zum Zeitpunkt der Erledigung gesetzt. So unscheinbar das kleine Wörtchen "vorher" auch erscheinen mag, war es doch Anlaß für lange Auseinandersetzungen in Schrifttum und Rechtsprechung.

Bei der Frage, was § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO unter "vorher" verstanden wissen will, ist ein offensichtlich stillschweigend vorausgesetzter Bezugspunkt zu suchen, da das Wort "vorher" allein genommen inhaltlos ist. Dieser Bezugspunkt ist nur unschwer zu ermitteln. Aus dem Sinn des § 113 Abs. 1 Satz 4 und aus seiner Stellung innerhalb des gesamten § 113 ergibt sich, daß sich der VA vor Urteilserlaß erledigt haben muß.¹⁾ Nicht entschieden ist damit allerdings die Frage, zu welchem Zeitpunkt vor Urteilserlaß sich der VA erledigt haben muß.

Drei Möglichkeiten sind denkbar:

1. Der VA hat sich nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt.
2. Der VA hat sich vor Erhebung der Anfechtungsklage, aber nach Erhebung des Widerspruchs erledigt.
3. Der VA hat sich bereits vor Erhebung des Widerspruchs erledigt, wobei hier noch zu unterscheiden wäre, ob er

1) Das ist vollkommen unstreitig; vgl. etwa Mang, BayVB1 55, 241 (242); OVG Koblenz AS 6, 391 (393).

sich innerhalb eines Monats nach Erlaß des VA oder nach Ablauf der Monatsfrist erledigt hat.

Inwieweit zeitlich gesehen der § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO Rechtsschutz gewähren will, darüber gibt der Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4 keine sichere Auskunft. Es ist daher OBERMAYER¹⁾ zu widersprechen, wenn er feststellt, nach einer wörtlichen Auslegung des § 113 Abs. 1 Satz 4 müsse der VA vor dem Erlaß des Urteils, aber nach Erhebung der Anfechtungsklage seine Erledigung gefunden haben.²⁾ Es ist kein ersichtlicher Grund vorhanden, der eine solche Schlußfolgerung bei nur wörtlicher Auslegung zuließe. So ist m.E. die Kritik des BayVG³⁾ eine solche wörtliche Auslegung sei nicht unbedingt zwingend, nicht weitgehend genug. Eine solche wörtliche Auslegung ist überhaupt nicht zwingend. In diesem Sinne hat sich auch das OVG Koblenz⁴⁾ eindeutig geäußert:

"... Insbesondere nötigt der Wortlaut dieser Vorschriften (gemeint sind die §§ 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO 135 und 79 Abs. 1 Satz 2 VGG) keineswegs zu der Auslegung, daß im Gesetz nur die Erledigung des VA *n a c h* Erhebung der Anfechtungsklage gemeint und nur für diesen Fall die Feststellungsklage vorgesehen sei. Wie der VGH Stuttgart⁵⁾ in seinem Urteil vom 11.2.1957 mit Recht bemerkt, setzt § 79 Abs. 1 Satz 2 VGG ebenso wie § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO lediglich voraus, daß der VA 'vorher' seine Erledigung gefunden hat; dieses 'vorher' kann sich, wie aus dem Gesamtinhalt der erwähnten Vorschriften und ihrer systematischen Stellung im Gesetz zu folgern ist, nur auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung beziehen, besagt also, daß die Erledigung vor Urteilsfällung, nicht aber unbedingt nach Klageerhebung eingetreten sein müsse ...".⁶⁾

1) BayVBl 30, 209 ff. (210).

2) Ähnlich OVG Münster DÖV 55, 473; BayVG^H BayVBl 56, 251.

3) VRspr. 12, 753.

4) a.a.O.

5) DÖV 57, 217.

6) Es ist also unzutreffend, wenn etwa Eyermann-Fröhler, Anm. 103, sagen, im Gesetz sei nur die Erledigung der Anfechtungsklage "ausdrücklich" erwähnt. Das ist eben gerade nicht der Fall.

In Übereinstimmung mit dem OVG Koblenz und dem VGH Stuttgart ist also festzustellen, daß die wörtliche Auslegung des § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht zum Ziele führt. Das Wort "vorher" beinhaltet mehrere mögliche Varianten.

Eine sichere Wahl zwischen den denkbaren Varianten gestattet erst die logisch-systematische Interpretation des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Die systematische Stellung des § 113 Abs. 1 Satz 4 im 10. Abschnitt und seine Einordnung in die Vorschriften über den Urteilstenor lassen den sicheren Schluß zu, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 von der Erledigung des VA innerhalb des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ausgeht.¹⁾ Da § 113 Abs. 1 Satz 4 nur die Frage regelt, welchen Inhalt das auf eine Anfechtungsklage zu erlassende Urteil hat, wenn sich der VA vor Erlaß des Urteils erledigt, während die Voraussetzungen der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage in §§ 42, 43 VwGO geregelt sind, kann das Wort "vorher" nur so verstanden werden, daß damit zwar eine Erledigung des VA vor Urteilserlaß, aber nach Klageerhebung gemeint ist.²⁾ Das Gesetz geht in § 113 Abs. 1 Satz 4 also davon aus, daß ursprünglich ein Aufhebungsantrag gestellt wird, der auf Grund der dann erfolgten Erledigung in einen Feststellungsantrag geändert wird. § 113 Abs. 1 Satz 4 behandelt mithin die Umstellung des zulässigen Anfechtungsantrages.

Der VGH Stuttgart ist der Meinung, dieses Ergebnis lasse sich nicht direkt aus § 113 Abs. 1 Satz 4 (bzw. 79 Abs. 1 Satz 2 VGG) entnehmen. Der VGH, der sich auf die unzureichende wörtliche Auslegung des Wörtchens "vorher" in § 79 Abs. 1 Satz 2 VGG beschränkt, ist vielmehr der Auffassung (diese ist dann allerdings konsequent), § 79 Abs. 1 Satz 2 könne keine Auskunft darüber geben, wann vor Urteilserlaß

1) Schober, DÖV 66, 552: für eine berichtigende Auslegung ist kein Raum, da sich der Sinn des § 113 Abs. 1 Satz 4 eindeutig fixieren läßt und kein Widerspruch zwischen Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift besteht; vgl. dazu OVG Münster DÖV 55, 473.

2) OVG Hamburg DVBl 67, 422 (424).

sich der VA erledigt haben müsse; das lasse sich erst dem § 42 VwGO (bzw. § 35 VGG) entnehmen. Das ist nur zum Teil richtig. Das oben gewonnene Ergebnis läßt sich sowohl aus der Stellung des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Aufbau des Gesetzes als auch dem § 42 entnehmen. § 42 VwGO ist für die Auslegung des § 113 Abs. 1 Satz 4 insofern grundlegend, als ihm entnommen werden kann, daß eine Anfechtungsklage gegen einen erledigten VA nicht zulässig ist,¹⁾ § 113 Abs. 1 Satz 4 aber eine zulässige Anfechtungsklage voraussetzt.²⁾

Eine gewisse Sondermeinung vertritt MANG.³⁾ Auch er kommt zu dem Ergebnis, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 (79 Abs. 1 Satz 2 VGG) nur dann direkt anwendbar sei, wenn der VA während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens seine Erledigung gefunden habe, nur versteht MANG unter verwaltungsgerichtlichem Verfahren auch das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren (Widerspruchsverfahren). Das sei durchaus zulässig, da Einspruch und Vorschaltbeschwerde auch im VGG geregelt seien. Diese Rechtsbehelfe seien nicht nur solche des Verwaltungs-, sondern auch des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, und dadurch seien sie mit der Anfechtungsklage unlösbar verbunden. - Diese Ansicht MANGs ist auf die Regelung in der heutigen VwGO grundsätzlich übertragbar, doch ist sie nicht zutreffend. Die Umstellung eines zulässigen Aufhebungsantrags in einen Feststellungsantrag ist dann nicht mehr möglich, wenn sich der VA zwar während des Vorverfahrens, aber vor Klageerhebung erledigt hat. Der Klageantrag müßte dann von vorneherein nicht auf Aufhebung, sondern auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA gestellt werden. Selbst wenn man aber wie MANG von der Voraussetzung ausgeht, daß die Anfechtungsklage auch gegen erledigte VAe noch zulässig ist, müßte diese Klage, da für einen Aufhebungsantrag kein Raum mehr ist,¹⁾ mit einem Feststellungsantrag erhoben

1) Vgl. unten S. 96 ff.

2) Ule, § 113, Anm. 3 b.

3) BayVBl 55, 241 (242).

werden, so daß auch dann von einer Umstellung des Klageantrags nicht mehr gesprochen werden könnte.

Für die Auslegung des § 113 Abs. 1 Satz 4, daß die Erledigung während der Rechtshängigkeit eingetreten sein müsse, spricht auch das für die Einfügung dieser Vorschrift in das Gesetz maßgebend gewesene Grundmotiv, der Kläger solle, wenn der angefochtene VA seine Erledigung gefunden hat, nicht gezwungen werden, sich mit der Abweisung der erhobenen Klage oder einer bloßen Kostenentscheidung begnügen zu müssen. Vielmehr solle er, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist, anstelle der nun nicht mehr möglichen Aufhebung des VA wenigstens die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses VA herbeiführen können. Dieses gesetzgeberische Grundmotiv ist jedoch dann hinfällig, wenn sich der VA schon vor Klageerhebung erledigt hat.¹⁾

Als E r g e b n i s ist also festzuhalten, daß die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur für den Fall gilt, daß der VA nach Erhebung der Anfechtungsklage seine Erledigung gefunden hat.²⁾

1) Bergmann, VerwArch. Bd. 49, 333 ff. (365, 366).

2) Vgl. Ule, a.a.O. und Klinger, § 113, Anm. C 2 a, beide mit umfangreichen Nachweisen: im Ergebnis herrscht heute sowohl in Rechtsprechung als auch Lehre fast ausnahmslos Übereinstimmung in dieser Frage.

II. Klagemöglichkeiten, wenn sich der VA vor Klageerhebung erledigt hat

1. Unzulässigkeit der Anfechtungsklage gem. § 42 VwGO

a) Allgemeines

Die VwGO hat der Fallgestaltung, daß ein VA sich vor Erhebung der Anfechtungsklage erledigt, also keine ausdrückliche Vorschrift gewidmet. Diese Situation zwingt zunächst dazu, die in der VwGO vorhandenen Klagearten, in erster Linie also Anfechtungs- und Feststellungsklage, daraufhin zu untersuchen, ob sie auch für diese Fälle vom Gesetzgeber gedacht sind. Erst nach dieser Untersuchung kann überhaupt die Frage auftauchen, ob eine Gesetzeslücke in der VwGO anzunehmen ist und wie diese gegebenenfalls verfahrensmäßig auszufüllen ist.

Ob eine Anfechtungsklage nach § 42 VwGO auch gegen einen erledigten VA zulässig erhoben werden kann, ergibt sich nicht unmittelbar aus § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.¹⁾ § 113 Abs. 1 Satz 4 regelt, wie wir bereits gesehen haben, nicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Anfechtungsverfahren; § 113 in seiner Gesamtheit regelt weder die Klagearten noch ihre Voraussetzungen. Diese Vorschrift enthält vielmehr nur Vorschriften über den Ausspruch des Verwaltungsgerichts, wenn sich die zulässige Anfechtungsklage als begründet erweist.

Daraus, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 von der Erledigung des angefochtenen VA nach Erhebung der Anfechtungsklage ausgeht, ist nicht unmittelbar zu entnehmen, ob eine Anfechtungsklage auch gegen einen vor Rechtshängigkeit erledigten VA zulässig ist oder nicht.²⁾ Die Antwort kann nur dem § 42 VwGO entnommen werden, da nur dieser über die Zulässigkeitsvoraussetzungen dieser Klage etwas aussagt.

1) Ule und VGH Stuttgart, a.a.O.

2) Schober (DÖV 66, 552), der im Ergebnis der gleichen Meinung ist, argumentiert m.E. jedoch nicht ganz konsequent.
(Fortsetzung)

b) Die "Existenz" eines erledigten VA

Gem. § 42 Abs. 1 VwGO kann durch Klage die Aufhebung eines VA begehrt werden. Die erste Frage, die sich nun stellt, ist die, ob nach der Erledigung des VA überhaupt noch von der Existenz eines VA i.S. des Abs. 1 gesprochen werden kann. Die Anfechtungsklage ist nur dann zulässig, wenn Gegenstand der Klage ein belastender VA ist. Dieses Zulässigkeitsersfordernis ist, unabhängig von der Behauptung des Klägers, objektiv zu beurteilen.¹⁾ Die Existenz eines VA ist also Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage.

Die Erledigung des VA beseitigt diesen zwar in seinen rechtlichen Wirkungen,²⁾ sie beseitigt aber nicht und kann auch nicht den Tatbestand beseitigen, daß überhaupt ein VA ergangen ist. Von dem "Vorhandensein" eines VA ist daher dessen Wirksamkeit zu unterscheiden.³⁾ Von der Existenz eines VA i.S. des § 42 Abs. 1 kann also auch dann gesprochen werden, wenn dieser auf Grund eines erledigenden Ereignisses keine Rechtswirkungen mehr äußern kann. Auch ein nichtiger VA

(Fortsetzung)

...quent: er begegnet der Behauptung, § 113 Abs. 1 Satz 4 schließe seinem Wortlaut nach die Anfechtungsklage aus, wenn sich der VA vor Klageerhebung erledigt habe, damit, daß das Wort "vorher" nichts darüber aussage, ob die Erledigung nach Klageerhebung eingetreten sein müsse. Insoweit ist Schober noch beizupflichten. Wenn er aber auf Grund des mehrdeutigen Wortlauts den Schluß zieht, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht erkennen lasse, daß die Klage überhaupt ausgeschlossen sein soll, wenn sich der VA vor Klageerhebung erledigt hat, so berücksichtigt er nicht die von ihm selbst angewandte systematische Auslegung, die zu dem klaren Ergebnis kommt, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 von der Erledigung während der Rechtshängigkeit ausgeht. Kommt man im Wege der systematischen Auslegung zu einem klaren Ergebnis, kann man nicht mehr mit der Mehrdeutigkeit des Wortlauts argumentieren.

1) Vgl. Ule, § 42, III 4 und die dortigen Nachweise; a.A. Eyer mann-Fröhler, § 42, Anm. 11 ff.

2) Wolff, § 54, I: "... der VA hört auf zu gelten".

3) Sigmund-Schultze, DVBl 63, 745.

ist in diesem Sinne existent. Der Umstand, daß der VA extunc oder ex nunc keine rechtliche Wirksamkeit entfaltet, ist mithin für die Frage, ob überhaupt noch von einem VA gesprochen werden kann, ohne Belang, da der VA nicht nur ein rechtliches Gebilde ist, sondern allein schon durch seinen Erlaß eine rein tatsächliche Seite hat, die durch Erledigung nicht ungeschehen gemacht werden kann.

c) Ein erledigter VA kann nicht mehr "gegenwärtig" in Rechten verletzen"

Ein ernster zu nehmendes Argument gegen die Anfechtungsklage wird allerdings dem § 42 Abs. 2 entnommen. Die Klage ist gem. § 42 Abs. 2 nur dann zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, durch den VA in seinen Rechten verletzt zu sein.

Kann ein erledigter VA noch in Rechten verletzen i.S. des Abs. 2? Diese Frage läßt sich in zwei Punkte aufteilen:

1. Wie ist "in seinen Rechten verletzt zu sein" auszulegen? Bedeutet das, daß eine Verletzung im Zeitpunkt der Klageerhebung noch vorliegen muß oder auch, daß eine Verletzung zu irgendeinem Zeitpunkt vorgelegen haben muß?

Bereits aus dem Wortlaut("... sein ...") ergibt sich, daß der Gesetzgeber von einer Rechtsverletzung durch den VA im Zeitpunkt der Klageerhebung ausgeht. Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht m.E. eindeutig. Nicht gefolgt wird daher der Meinung EYERMANN-FRÖHLERS,¹⁾ sprachlich könnten die Worte "verletzt zu sein" beides bedeuten. Die sprachliche Auslegung EYERMANN-FRÖHLERS überzeugt umso weniger, als sie seinem Bestreben entgegenkommt, die Anfechtungsklage in Fällen der Erledigung des VA um jeden Preis zuzulassen. Aus den Anmerkungen 102 und 103 zu § 42 ist herauszulesen, daß der Überlegung, die Anfechtungsklage müsse in derartigen Fällen zulässig sein, die sprachliche Auslegung wohl nachgefolgt ist.

1) § 42, Anm. 102; ebenso Schober, a.a.O.

Entgegen der Meinung EYERMANN-FRÖHLERS ist also davon auszugehen, daß § 42 Abs. 2 eine Rechtsverletzung im Zeitpunkt der Klageerhebung meint, was auch der h.M. entspricht.

2. Nun erst stellt sich die Frage, ob ein erledigter VA überhaupt noch gegenwärtig in Rechten verletzen kann (folgt man der Ansicht EYERMANN-FRÖHLERS, taucht dieses Problem nicht mehr auf). Vielfach wird gefordert, der VA müsse im Zeitpunkt der Klageerhebung noch "von Bestand"¹⁾ gewesen sein. Gemeint ist damit, daß ein VA gegeben sein muß, der noch irgendwelche Rechtswirkungen äußert. Erledigung des VA bedeutet Wegfall seiner Beschwer und damit sein Gegenstandsloswerden. Da die Rechtswirkungen eines belastenden VA aber gerade in seiner Beschwer liegen, äußert der VA also ab dem Zeitpunkt der Erledigung keine Rechtswirkungen mehr. Ein VA, der keine Rechtswirkungen mehr äußert, kann aber auch nicht mehr in Rechten verletzen.

Diese m.E. einleuchtende Schlußfolgerung blieb allerdings nicht unwidersprochen. Der BayVGh hat in seiner Entscheidung vom 10.3.1960²⁾ folgendermaßen argumentiert:

"Nach dieser Bestimmung (§ 35 VGG) ist die Anfechtungsklage gegeben, wenn jemand behauptet, durch einen VA in seinen Rechten verletzt zu sein. Eine Rechtsverletzung kann aber auch dann noch fortwirken, wenn der Akt schon vor Klageerhebung seine Erledigung gefunden hat."

Um welche Fortwirkung es sich da im Einzelnen handeln soll, bleibt unerwähnt. Etwas präziser, aber wohl in Übereinstimmung mit dem BayVGh, äußert sich SCHÖBER.³⁾ Auch er ist der Ansicht, die Rechtsverletzung sei mit dem "Erlöschen" des VA keineswegs beendet, da es unbestritten sei, daß das Erlöschen des VA bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Schadensersatzanspruch des Betroffenen in keiner Weise berühre. Durch den Schadensersatz solle aber gerade die noch im Schaden fortwirkende Rechtsverletzung soweit wie möglich

1) Z.B. VGh Stuttgart DÖV 57, 217.

2) VRspr. 12, 753 (755).

3) a.a.O.

ausgeglichen werden. Somit spreche auch § 42 Abs. 2 VwGO nicht gegen die Anfechtungsklage.

Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen. Die Anfechtungsklage hat nicht die Aufgabe des Schadensausgleichs und sie kann auch keinen Schadensersatz gewähren. Für diesen Zweck gibt es die Schadensersatzklagen.

SCHOBER vermengt zwei Gesichtspunkte. Es ist ihm darin Recht zu geben, daß Schadensersatzansprüche durch die Erledigung des VA nicht berührt werden, vorausgesetzt, der VA hat in geschützten Rechten verletzt. Auch eine in der Vergangenheit liegende Rechtsverletzung reicht aus. Die im Schaden fortwirkende Rechtsverletzung hat aber nichts zu tun mit der unmittelbaren Rechtsverletzung, die in der rechtswidrigen Beschwer des VA lag und mit der Erledigung gegenstandslos geworden ist. Lediglich diese unmittelbare¹⁾ Rechtsverletzung kann aber Gegenstand der Anfechtungsklage sein und nur von dieser Rechtsverletzung spricht auch der § 42 Abs. 2.²⁾ Wäre es anders, müßte man, wie gesagt, mit der Anfechtungsklage Schadensersatz geltend machen können, und das ist unzutreffend.

Die Argumentation, jeder erledigte rechtswidrige VA habe noch mittelbare Folgewirkungen, in denen eine Rechtsverletzung noch fortwirken könne, und deshalb müsse die Anfechtungsklage gegen erledigte VA zugelassen werden, geht folglich an Sinn und Zweck des § 42 Abs. 2 VwGO vorbei.

1) Eyermann-Fröhler, § 42, Anm. 102.

2) Vgl. auch oben S. 31 ff., wo im Rahmen des Erledigungsbegriffes das Problem der intensiven und extensiven Beschwer auftaucht: der VA erledigt sich bereits, wenn die intensive Beschwer weggefallen ist; nur diese ist auch durch Anfechtungsurteil beseitigbar. Mittelbare Folgewirkungen sind nicht aufhebungsfähig.

- d) Ein erledigter VA kann nicht mehr gestaltend aufgehoben werden

Das gewichtigste Argument gegen die Zulässigkeit der Anfechtungsklage ergibt sich jedoch daraus, daß sie *G e s t a l t u n g s k l a g e* ist. Die Anfechtungsklage hat zum Ziel, den angefochtenen VA gestaltend aufzuheben. Aus dieser kasuatorischen Natur der Anfechtungsklage wird teilweise gefolgert, eine Anfechtungsklage könne schon "der Natur der Sache nach"¹⁾ nicht mehr in Betracht kommen, wenn der VA bereits erledigt sei.²⁾

OBERMAYER³⁾ meint, die Anfechtungsklage stoße schon rein formal ins Leere, da sich die im VA enthaltene Beschwer erschöpfend ausgewirkt habe, so daß sie durch ein Gestaltungsurteil nicht mehr beseitigt werden könne.⁴⁾

Ausgehend von § 42 Abs. 1 VwGO muß man sich die Frage stellen, ob ein erledigter VA noch aufhebbar im Sinne dieser Vorschrift ist oder ob "in diesem Fall nichts mehr vorhanden ist, was aufgehoben werden könnte".⁵⁾

Der VGH Freiburg⁶⁾ geht in seiner Entscheidung vom 16.9.1952 davon aus, daß die Verwaltungsbehörde auf Grund des Anfechtungsurteils verpflichtet sei, die Tatsachenlage der durch

1) OVG Koblenz AS 6, 391.

2) Schunck-de Clerck, § 113, c dd: "In diesem Falle scheidet eine Anfechtungsklage wegen der Erledigung des VA naturgemäß aus."

3) BayVB1 60, 209 (210).

4) Im Ergebnis übereinstimmend Ule, § 113, 3 b; Klinger, § 113, 2 b; Haueisen, NJW 52, 912; Czermak, NJW 64, 1662; BVerwG DVBl 67, 379; 61, 444; NJW 58, 312; VGH Freiburg DVBl 53, 28; OVG Lüneburg AS 3, 211 (213); OVG Münster DÖV 53, S. 91 Nr. 37; 55, 473; DVBl 56, 308; DÖV 59, 711; MDR 57, 445 unentschlossen; BayVGh DÖV 50, S. 724 Nr. 70; NJW 54, 1382; a.A. BayVGh VRspr. 12, 753.

5) OVG Lüneburg, a.a.O.

6) VGH Freiburg, a.a.O.

das Aufhebungsurteil geschaffenen Rechtslage anzupassen. Für ein Anfechtungsurteil sei daher nur Raum, wenn die Rechts- und Tatsachenlage im Urteilszeitpunkt der Gestaltung fähig ist. Fehle deren Gestaltbarkeit, dann habe ein Anfechtungsurteil, d.h. ein rechtsgestaltendes Urteil, da das Recht keinem Selbstzweck, sondern der Ordnung des Lebens diene, keinen Sinn. Letztlich entscheidend sei also nicht die rechtliche Gestaltbarkeit der Verhältnisse, sondern die Gestaltbarkeit der Tatsachenlage bei Urteilsvollziehung.¹⁾

Diese Ausführungen des VGH decken sich weitgehend mit der Problematik, wann ein vollzogener VA i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 4 als erledigt zu betrachten ist.

Dieser Argumentation begegnet SCHÖBER²⁾ damit, daß die Gestaltungswirkung des Anfechtungsurteils sich auf den VA selbst und nicht auf die durch ihn geschaffene Tatsachenlage beziehe. Das Anfechtungsurteil beseitige die Rechtswirksamkeit des VA ex tunc und daher könne es dem Wesen der Anfechtungsklage nicht zuwiderlaufen, wenn die durch den VA hervorgerufene Tatsachenveränderung nicht rückgängig gemacht werden könne.

Dazu ist zunächst zu sagen, daß das erledigende Ereignis dem VA jedenfalls ex nunc seine Rechtswirksamkeit genommen hat. Eine Gestaltung bezüglich der rechtlichen Verbindlichkeit des VA kommt insoweit also auch nicht mehr in Betracht. Der Hinweis, daß das Anfechtungsurteil ex tunc aufhebe und mindestens insoweit noch eine Gestaltbarkeit in rechtlicher Hinsicht gegeben sei, kann nicht ohne weiteres überzeugen.

1) Auch Mang, BayVBl 55, 241, sieht in erster Linie den Zweck des Anfechtungsverfahrens in der Angleichung der Tatsachenlage an die Rechtslage, geht allerdings dennoch von der Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen erledigte VA aus.

2) a.a.O.

Einmal ist zu beachten, daß die Erledigung ihrerseits sowohl ex tunc als auch ex nunc wirken kann. Die Erledigung des VA durch Zurücknahme beseitigt dessen Rechtswirksamkeit ebenso ex tunc wie es ein stattgebendes Anfechtungsurteil täte. Zurücknahme bedeutet die Aufhebung des VA durch die Verwaltungsbehörde und Aufhebung wirkt i.d.R. ex tunc.¹⁾

Ein aufgehobener VA kann aber bereits begrifflich nicht mehr durch ein Anfechtungsurteil aufgehoben werden. Ein VA kann ebenso wie ein Lebewesen nicht zweimal "sterben". Soweit die Erledigung durch "Zurücknahme" eintritt, ist m.E. also ein Meinungsstreit darüber, ob noch eine Gestaltbarkeit der Rechtslage möglich ist, so gut wie ausgeschlossen.

Wirkt die Erledigung, wie etwa bei Zeitablauf oder Vollzug, ex nunc, so ist nicht zu verkennen, daß die Rechtswirksamkeit des VA bis zum Zeitpunkt der Erledigung unangetastet bleibt. Da das Anfechtungsurteil immer ex tunc wirkt, bleibt begrifflich Raum für ein gestaltendes Urteil.²⁾

Das OVG Lüneburg³⁾ hat ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Kassation in derartigen Fällen damit begründet, daß der VA in der Vergangenheit eine Zeit lang Wirkungen entfaltet habe und deshalb rückwirkend für die Dauer seines Bestehens beseitigt werden könne und müsse. In Übereinstimmung mit MEYER⁴⁾ wird man dieser Erwägung jedoch lediglich zubilligen

1) Wolff, § 53, I c 1.

2) Nach Auffassung Bachofs ("Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung", S. 98 ff., hier S. 113) bedeutet die Rückwirkung der Aufhebung eines VA wegen Rechtswidrigkeit nur, daß mit der Aufhebung festgestellt wird, der VA sei von Anfang an rechtswidrig gewesen. Hier wird jedoch mit der wohl h.M. davon ausgegangen, daß die Wirksamkeit, die der VA bis zu seiner Aufhebung besaß, rückwirkend beseitigt wird. Es wird also nicht getrennt zwischen Feststellung der Rechtswidrigkeit ex tunc und Gestaltung (Aufhebung) ex nunc, wenn auch nicht verkannt wird, daß die Aufhebung eines VA mit Wirkung für die Vergangenheit eher von theoretischer Bedeutung ist.

3) ZMR 54, 338; 55, 60.

4) DVBl 56, 190.

können, daß sie theoretisch einleuchtend ist. M.E. ist hier der Meinung des VGH Freiburg der Vorzug zu geben. Es darf letztlich nicht darauf ankommen, ob eine Anfechtungsklage rein begriffsjuristisch und theoretisch haltbar ist, sondern darauf, ob ein Anfechtungsurteil die ihm vom Gesetz zugeordnete Aufgabe erfüllen kann. Ein Anfechtungsurteil aber, das nur einen der Vergangenheit angehörenden Tatbestand betrifft, ohne daß die Tatsachenlage noch irgendwie beeinflußt werden könnte, hänge in der Luft.¹⁾ Die Gestaltungswirkung des Anfechtungsurteils wäre für den Kläger ohne jede Auswirkung, obwohl sie gerade ihm zugutekommen sollte.²⁾

Es ist daher in vollem Einklang mit dem VGH Freiburg davon auszugehen, daß es für eine Rechtsgestaltung dann keinen Raum mehr geben kann, wenn die Tatsachenlage an die Rechtslage nicht angleichbar ist. Eine Anfechtungsklage verfolgt doch in erster Linie und notwendigerweise das Ziel, einem noch rechtlich existenten VA für die Zukunft die rechtlichen Wirkungen zu nehmen.³⁾ Das ist auch genau das, auf was es dem Kläger ankommt, nämlich Gestaltung in Form von Beseitigung der rechtswidrigen Beschwer des VA. Ist die Beschwer aber auch nur ex nunc weggefallen, so ist die Anfechtungsklage unzulässig.⁴⁾

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht, die Gestaltungswirkung des Urteils müsse bei Erhebung der Anfechtungsklage nicht einmal erstrebt gewesen sein, da die Anfechtungsklage

1) Vgl. oben S. 101.

2) In der praktischen Auswirkung wäre das Urteil also eher ein feststellendes; vgl. auch Anm. 2) auf S. 103.

3) OVG Koblenz, a.a.O.

4) Dadurch, daß erledigte VA von der Aufhebung ausgeschlossen werden, wird allerdings in den Fällen, in denen die Erledigung ex nunc wirkt, die ex tunc-Wirkung der Aufhebung vernachlässigt. Diese Funktion kann jedoch auch durch eine besondere Feststellungsklage wahrgenommen werden.

auch gegen nichtige VAe zulässig sei. Nichtig VAe könnten aber durch Urteil auch nicht gestaltend beseitigt werden. Allein dieses Beispiel zeige, daß zwingende dogmatische Gründe gegen die Anfechtungsklage unter dem Gesichtspunkt der Gestaltungswirkung des Urteils nicht vorgebracht werden könnten.¹⁾ Daß die Anfechtungsklage gegen nichtige VAe zugelassen wird, stellt in der Tat eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß die Anfechtungsklage wegen ihrer kassatorischen Natur nur gegen noch wirksame VAe zulässig ist. Aber es darf nicht vergessen werden, daß es sich wie gesagt, um eine Ausnahme handelt und die Gründe für die Zulassung dieser Ausnahme nicht ohne weiteres auf verwandte Fälle übertragen werden dürfen. Insbesondere darf auf Grund dieser Ausnahme nicht sofort der dogmatische Schluß gezogen werden, es sei für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage schlechthin ohne Bedeutung, ob bei Klageerhebung ein kassatorisches Urteil erstrebt werde oder nicht.

Die Zulassung der Anfechtungsklage gegen nichtige VAe entspringt lediglich dem Bestreben, dem Kläger umfassenden Rechtsschutz zu gewähren. Um dieses Ziel zu erreichen, wird auch eine gewisse Systemwidrigkeit hingenommen. Die Aufhebung eines nichtigen VA und damit eine Rechtsgestaltung im eigentlichen Sinn sind nicht mehr möglich, doch haftet einem nichtigen VA der Rechtsschein der Wirksamkeit an.²⁾ Auch der nichtige VA erhebt dem Betroffenen gegenüber den Anspruch der Verbindlichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es vertretbar, auch die Aufhebung eines nichtigen VA durch gestaltendes Anfechtungsurteil als möglich anzusehen.³⁾

1) Schober, a.a.O.

2) Obermayer, BayVBl 60, 209.

3) Obermayer, a.a.O., S. 210, spricht auch beim erledigten VA vom Fortbestehen des VA wenigstens dem Rechtsschein nach, was eigentlich für eine Gleichbehandlung mit dem nichtigen VA spricht. Obermayer läßt dennoch eine Anfechtungsklage gegen erledigte VAe nicht zu. - M.E. liegt der Unterschied zwischen nichtigem und erledigtem VA jedoch auch gerade darin, daß dem nichtigen der Rechtsschein der Wirksamkeit anhaftet, nicht aber dem erledigten und daraus rechtfertigt sich die Ungleichbehandlung.

Ganz anders ist die Situation aber beim erledigten VA. Ein erledigter VA ist rechtlich wesentlich weniger "existent" als ein nichtiger VA. Ein nichtiger VA hat zwar rechtlich keinen Bestand, er kann aber tatsächlich schwer belasten. Bei Erledigung des VA hingegen ist die Beschwer für den Betroffenen in erkennbarer Weise weggefallen, so daß dieser sich durch den erledigten VA nicht mehr beschwert fühlen kann. Die Frage, ob der VA nichtig oder nur aufhebbar ist, ist eine reine Rechtsfrage, die vom Betroffenen so gut wie nie zu entscheiden ist. Der Betroffene muß also immer damit rechnen, daß der VA nur aufhebbar und damit wirksam ist. Die Erledigung hingegen ist ein tatsächlicher Vorgang, der in seiner Auswirkung auch dem Laien verständlich ist. Die Situationen sind mithin nicht miteinander vergleichbar. Das Argument, die Anfechtungsklage sei auch gegen nichtige VAe zulässig, berücksichtigt offensichtlich diese Verschiedenartigkeit nicht und kann daher nicht überzeugen. Auch das Argument, ein nichtiger VA müsse schon deshalb mit der Anfechtungsklage angegangen werden können, weil dem Betroffenen bei Klageerhebung nicht zugemutet werden könne zu entscheiden, ob Nichtigkeit oder nur Aufhebbarkeit vorliege,¹⁾ ist für den erledigten VA grundsätzlich nicht entsprechend heranzuziehen. Wie wir eben gesehen haben, kann dem Betroffenen die Entscheidung, ob sich der VA erledigt hat oder nicht, eben schon zugemutet werden, da es sich nicht um eine Rechtsfrage handelt.

In gewisser Weise ist allerdings eine Einschränkung zu machen. Soweit die Erledigung durch Vollzug des VA eintritt, kann es im einzelnen für den Betroffenen schwierig sein zu entscheiden, welche Auswirkungen die Vollziehung hat. Für den Fall der Vollziehung eines VA ist daher SCHÖBER²⁾ Recht darin zu geben, daß ähnlich wie beim nichtigen VA die Entscheidung, ob Erledigung eingetreten ist oder nicht, nicht

1) Vgl. Begründung zu § 43 VwGO, S. 33 (Eyermann-Fröhler, § 43, Anm. 18).

2) a.a.O., Anm. 16.

zu Lasten des Betroffenen gehen dürfe.¹⁾

M.E. sollte dieser Überbeanspruchung des Betroffenen in derartigen Grenzfällen aber nicht damit abgeholfen werden, daß man die ihrem Wesen nach unpassende Anfechtungsklage schlechthin auch gegen erledigte VAe zuläßt. Auch wenn man an der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Anfechtungsklage gegen erledigte VA festhält, läßt sich eine eventuelle Gefährdung des Rechtsschutzanspruchs des Betroffenen folgendermaßen vermeiden: Hat der Kläger innerhalb der Anfechtungsfristen in einem Fall Klage erhoben, in dem das Gericht wegen mangelnder Erledigung des VA nur die Anfechtungsklage für zulässig hält, so kann der Kläger im Laufe des Verfahrens, auch nach Ablauf der Anfechtungsfristen, ohne weiteres und ohne daß eine Klageänderung vorläge zur Anfechtungsklage übergehen; darüber hinaus besteht für das Gericht die Möglichkeit, die Klage sinngemäß umzudeuten. Dasselbe gilt auch für den umgekehrten Fall, daß der Kläger Anfechtungsklage erhoben hat, obwohl der VA sich inzwischen erledigt hatte.²⁾ Der Kläger hat also die Möglichkeit, in schwierig zu entscheidenden Fällen gewissermaßen prophylaktisch die Anfechtungsklage zu erheben. Das Verstreichenlassen der Anfechtungsfristen geht allerdings bei Nichterledigung zu Lasten des Klägers. Hierin besteht jedoch kein Unterschied zu den Klagemöglichkeiten gegen nichtige VAe.

-
- 1) Es soll also auch hier vermieden werden, daß der Betroffene fälschlicherweise Feststellungsklage erhebt, obwohl eigentlich die Anfechtungsklage zulässig wäre, und nach Abweisung der Feststellungsklage als unzulässig die Anfechtungsfristen verstrichen sind.
 - 2) VGH Freiburg DVBl 53, 28 ff. (30): in dieser Entscheidung wird allerdings die Frage nicht angeschnitten, ob ein Widerspruchsverfahren dann entbehrlich sein soll, wenn von der Feststellungsklage zur Anfechtungsklage übergegangen wird bzw. das Gericht umdeutet. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Entscheidung dogmatisch anfechtbar. (Vgl. Schunck-de Clerck, § 43, Anm. 5 a) Da der Kläger in Zweifelsfällen aber wohl immer die Anfechtungsklage erheben wird, wird dieses Problem in aller Regel keine Bedeutung erlangen.

Als Z w i s c h e n e r g e b n i s läßt sich bisher festhalten:

Ausgegangen wurde vom kassatorischen Charakter der Anfechtungsklage, der sich darin ausdrückt, daß ein Aufhebungsantrag gestellt wird und bei Begründetheit der Klage der VA durch Aufhebungsurteil gestaltend aufgehoben wird. Daraus wurde die Konsequenz gezogen, daß sich die Aufhebungsmöglichkeit nach Erledigung des VA allenfalls in eine Feststellungsmöglichkeit umgewandelt hat und daher die Anfechtungsklage gegen erledigte VAe nicht mehr erhoben werden kann, wobei noch offengelassen wurde, welcher Klage sich der Betroffene positiv bedienen kann.

Dennoch wird verschiedentlich von der Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen erledigte VAe gesprochen, wobei offensichtlich, zumindest in diesen speziellen Fällen, von der nichtkassatorischen Natur dieser "Anfechtungsklage" ausgegangen wird, d.h. es wird dem Umstand, daß bei erledigten VAen eine Gestaltungsmöglichkeit nicht mehr existiert, dadurch Rechnung getragen, daß eine Anfechtungsklage zugelassen wird, die nur noch die Rechtswidrigkeit des erledigten VA feststellt. Nach dem bisher zur Anfechtungsklage Gesagten erscheint das in sich vollkommen widersinnig und ist daher geeignet, Verwirrung zu stiften.

MANG¹⁾ bezeichnet als prozessuales Ziel der Anfechtungsklage gegen erledigte VAe, eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des VA herbeizuführen.

WITTIG²⁾ spricht von einer "Anfechtungsklage, verbunden mit einem Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO". Ebenso drückt sich das OVG Münster³⁾ in seiner Entscheidung vom 18.1.1961 aus.

EYERMANN-FRÖHLER⁴⁾ lassen die Anfechtungsklage gegen erledigt-

1) BayVB1 55, 241.

2) BayVB1 64, 394 ff. (395).

3) DVBl 61, 523.

4) § 42, Anm. 102, 103.

te VAe zu, meinen aber in Anm. 45 (i.V.m. Anm. 51) zu § 113 VwGO, die Urteilsformel müsse lauten: "Der VA war rechtswidrig."

SCHOBER¹⁾ führt dazu aus: "Unschädlich dürfte es sein, das Urteil die Rechtswidrigkeit des VA feststellen zu lassen, da der Schluß von der Art des ergehenden Urteils auf die Art der angestrebten Klage unzulässig ist."

Alle angeführten Autoren gehen offensichtlich davon aus, daß die Anfechtungsklage von vorneherein mit einem Feststellungsantrag erhoben wird.²⁾ Darin, daß beim Angriff gegen erledigte VAe nur noch Raum für einen Feststellungsantrag ist, ist ihnen in vollem Umfang Recht zu geben. Das deckt sich mit der oben vertretenen Ansicht, daß erledigte VAe nicht mehr aufgehoben werden können. Im übrigen wäre die Zulassung eines Aufhebungsantrages bereits mit der Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO unvereinbar, obwohl dieser nur die Erledigung während der Rechtshängigkeit behandelt. Denn wenn das Gesetz bei Erledigung nach Klageerhebung die Umstellung des Klageantrags in einen Feststellungsantrag verlangt, damit die Rechtswidrigkeit des erledigten VA vom Gericht festgestellt werden kann, wird eine Klage, die sich von vorneherein gegen einen erledigten VA richtet, ebenfalls nur mit einem Feststellungsantrag erhoben werden können.

1) a.a.O., S. 553.

2) Menger, VerwArch Bd. 48, 352 (357), ist der unzutreffenden Meinung, auch der VGH Stuttgart (DÖV 37, 217, hier: 218) lasse die Anfechtungsklage mit der Maßgabe zu, der Klageantrag könne zwar nicht auf Aufhebung des VA, wohl aber auf Feststellung seiner Rechtswidrigkeit gerichtet werden. Der VGH Stuttgart sagt jedoch ausdrücklich, daß weder die Anfechtungsklage noch die allgemeine Feststellungsklage zulässig seien, daß aber wegen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die Vorschriften über das Anfechtungsverfahren, insbesondere § 79 Abs. 1 Satz 2 VGG, entsprechend angewandt werden müßten.

Dazu, daß dieser Feststellungsantrag nur im Rahmen einer Anfechtungsklage erhoben werden könne, sagen EYERMANN-FRÖHLER,¹⁾ im Ausnahmefall des § 113 Abs. 1 Satz 4 sei die Anfechtungsklage eben Feststellungsklage. Diesen Satz lassen EYERMANN-FRÖHLER²⁾ auch für den Fall gelten, daß der VA sich bereits vor Klageerhebung erledigt hat. - Diese Konstruktion ist m.E. gekünstelt und daher abzulehnen. Entscheidend ist selbstverständlich, daß dem Betroffenen überhaupt Rechtsschutz gewährt wird; die Frage der juristischen Konstruktion ist lediglich noch von zweitrangiger Bedeutung, insbesondere für den Kläger, dem es grundsätzlich gleichgültig ist, ob sein Klageantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA eine Anfechtungs- oder Feststellungsklage einleitet.³⁾

Es wäre wesentlich überzeugender, eine Klage, die alle Merkmale einer Feststellungsklage aufweist, auch formell in die Gruppe der Feststellungsklagen einzureihen.⁴⁾ Die Entscheidung, um welche Klageart es sich im einzelnen handelt, sollte sich nach den klageimmanenten Merkmalen ausrichten. Nur so läßt sich die Diskrepanz zwischen formeller und materieller Klageart vermeiden. Das Argument, die Klage gegen erledigte VAe gehöre rechtssystematisch zu den Anfechtungsklagen, sie sei lediglich eine durch den Sachverhalt erzwungene amputierte Anfechtungsklage,⁵⁾ ist eine rein formalistisches und mit Art und Ziel der Klage nicht verein-

1) § 42, Anm. 6.

2) § 113, Anm. 51.

3) Soweit jedoch die Einhaltung von Klagefristen und die Durchführung eines Vorverfahrens davon abhängig sind, ob die Klage formell als Anfechtungsklage zu beurteilen ist oder nicht, gewinnt diese rein juristische Frage auch für den Kläger praktische Bedeutung. Im Einzelnen siehe dazu unten S. 133 ff.

4) Vgl. auch oben S. 3 ff.

5) Geiger, Festschrift, S. 76.

bar.¹⁾ Eine Klage, die als einziges Ziel die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA zum Gegenstand hat, ist wesensmäßig keine Anfechtungsklage und kann daher auch nicht formell als solche bezeichnet werden. Wird es dennoch getan, weil davon ausgegangen wird, daß es eine allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) und auch eine "Feststellungsklage eigener Art" gegen erledigte VAe nicht geben könne, so wird mit der Konstruktion der bloß formellen Anfechtungsklage eine Art Trick angewandt, der in sich selbst widersprüchlich und daher mindestens so anfechtbar ist wie die Einordnung dieser Klage in die echten Feststellungsklagen. Es wird hier eine Art "besondere Anfechtungsklage" kreiert, die sich der sogenannten "besonderen Feststellungsklage" gegenüberstellen ließe.²⁾

E r g e b n i s :

Die Anfechtungsklage gegen erledigte VAe ist unzulässig. - Soweit der VA sich ex tunc erledigt hat, ist die Anfechtungsklage bereits begrifflich nicht denkbar. Soweit die Erledigung lediglich ex nunc wirkt, bleibt rein begrifflich Raum für die Anfechtungsklage, da das Anfechtungsurteil auch ex tunc wirkt, doch hat der Kläger in diesen Fällen kein Rechtsschutzbedürfnis für ein kassatorisches Urteil. - Die Anfechtungsklage kann nicht mit einem Feststellungsantrag erhoben werden.

1) Vgl. BVerwG DVBl 67, 381.

2) Die Ansicht, daß die Überprüfung von VAen nur in den Anfechtungsverfahren im weiteren Sinn (Menger, System, S. 230, 237 ff.) erfolgen könne, vermeidet zwar die Einführung der sogenannten "besonderen Feststellungsklage", die teilweise für unzulässig gehalten wird, weil § 43 als erschöpfende Regelung anzusehen sei (z.B. Menger, DVBl 56, 191), muß sich andererseits aber der Kritik aussetzen, daß die Zulassung einer Anfechtungsklage mit Feststellungsantrag ebenfalls etwas durchaus Eigenartiges ist.

e) Die Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis
bei einer Anfechtungsklage

Der Anfechtungsklage ist schließlich gegenüber einer eventuell zulässigen "Feststellungsklage eigener Art" auch nicht deshalb der Vorzug zu geben, weil eine Feststellungsklage als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung ein berechtigtes Interesse (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO!) erfordert, was unter Umständen zu einer Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen führen könnte. In Übereinstimmung mit dem OVG Hamburg¹⁾ ist dazu zu sagen, daß sich Anfechtungs- und Feststellungsklage insoweit nicht wesentlich unterscheiden. Das OVG Hamburg weist zutreffend darauf hin, daß auch die Anfechtungsklage, wie jede andere Klage, ein Rechtsschutzbedürfnis voraussetze. Also auch die Anfechtungsklage müßte dann als unzulässig abgewiesen werden, wenn die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts dem Kläger offensichtlich keinen irgendwie gearteten Vorteil bringen könnte. Im übrigen sei entscheidend, daß das Gericht nicht gehindert sei, den Begriff des "berechtigten Interesses" weit auszulegen, wenn andernfalls eine Lücke im Rechtsschutz entstehen würde.

2. Unzulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage
gem. § 43 VwGO

a) Der VA ist kein Rechtsverhältnis i.S. des § 43

Die Frage, ob möglicherweise die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO mit dem Ziel zulässig ist, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen, konzentriert sich darauf, ob eine Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt wird (§ 43 Abs. 1 VwGO!). Nach ganz h.M. sind unter einem Rechtsverhältnis die aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer

1) DVBl 6 7, 422 (424).

Rechtsnorm sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen oder zu einer Sache zu verstehen.¹⁾

Daß ein VA selbst kein Rechtsverhältnis in diesem Sinne darstellen kann, sondern allenfalls ein Rechtsverhältnis begründen, aufheben oder verändern kann, ist allgemein anerkannt.²⁾ Mit dem Klageantrag, den VA für rechtswidrig zu erklären, wird somit nicht die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses i.S. des § 43 Abs. 1 begehrt.

Aus diesem Grunde wird überwiegend die Meinung vertreten, daß gegen einen vor Klageerhebung erledigten VA nicht mittels der allgemeinen Feststellungsklage vorgegangen werden könne, da es an den gesetzlichen Voraussetzungen des § 43 VwGO fehle.³⁾

- b) Versuche, ein dem VA "vorgängiges" oder ihm entspringendes Rechtsverhältnis zum Gegenstand der Klage zu machen

Dennoch wurden immer wieder verschiedenartige Versuche unternommen, die allgemeine Feststellungsklage in diesen

1) Eyermann-Fröhler, § 43, Anm. 3 mit Nachweisen; VGH Stuttgart DÖV 57, 217 (218).

2) a.A. OVG Lüneburg (DÖV 53, S. 92 Nr. 61), das die in dem Wesen eines jeden VA begründete Beziehung zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Adressaten nur als Rechtsverhältnis qualifiziert wissen will; ähnliche Überlegungen muß auch das OVG Koblenz (VRspr. Bd. 7 Nr. 190) anstellt haben, wenn es sagt, eine Feststellungsklage nach § 24 VGG sei auch dahin zulässig, daß ein vor Klageerhebung erledigter VA rechtswidrig gewesen sei, sofern ein berechtigtes Feststellungsinteresse besteht.

3) Ule, § 113, 3 b; Menger, System, S. 243; Schunck-de Clerck, § 113, c dd; OVG Hamburg VRspr. 4, 882: "Das Gesetz kennt keine Klage auf Feststellung, daß ein VA rechtswidrig gewesen ist"; OVG Hamburg DVBl 67, 422; OVG Münster DÖV 55, 473; 59, 711; MDR 57, 445; OVG Koblenz AS 6, 391; VGH Stuttgart, a.a.O.; im Ergebnis auch BVerwG NJW 58, 312; DVBl 61, 44 und 67, 379 (381).

Fällen doch zuzulassen, wobei an dem Grundsatz, daß der VA selbst kein Rechtsverhältnis darstellen könne, festgehalten wird.

aa) A. NAUMANN¹⁾ hält die allgemeine Feststellungsklage für die allein zulässige Klageart. Es werde nichts anderes begehrt als ein Feststellungsurteil aus § 52 MRVO. Zwar werde im Urteilstenor streng gesehen nur bestätigt, daß der "VA" rechtswidrig gewesen sei, dieser Ausspruch beinhalte aber das gleiche, wie wenn formuliert würde, die Behörde sei nicht berechtigt gewesen, den VA so, wie er vorgenommen wurde, zu erlassen.²⁾ - Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA betreffe somit die gerichtliche Feststellung, daß oder wie diese vor Erlaß des VA von der Behörde als erfüllt erachteten den VA rechtfertigenden rechtlichen Beziehungen zum Adressaten nicht bestanden, da der zurückgenommene (oder sonst erledigte) VA die mit ihm erstrebten Rechtsfolgen nur schaffen konnte, wenn er den gesetzlichen Voraussetzungen gemäß ergangen war.

NAUMANN läßt also die allgemeine Feststellungsklage zu, weil der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA in Wahrheit sich auf das dem VA vorgängige Rechtsverhältnis, dessen sich die Behörde vor oder spätestens bei Erlaß des VA immer berühmte, beziehe.³⁾

bb) Auf den gleichen Standpunkt stellt sich auch RENCK.⁴⁾

1) Diss, S. 347 ff.

2) Vgl. auch Czermak, NJW 63, 1027.

3) Ebenso R. Naumann, DVBl 51, 140.

4) NJW 65, 1791; vgl. auch neuestens Renck, JuS 70, 113 (117) in seiner kritischen Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 9.2.1967 = DVBl 67, 379, wo er sich für eine allgemeine Anerkennung der Rechtswidrigkeitsfeststellung von VAen ausspricht und derartige "eingekleidete (Tatsachen)Feststellungsanträge" unter § 43 Abs. 1 subsumiert.

Er betrachtet den VA als "Funktion des Rechtsverhältnisses". Er begründet dies damit, daß die Verwaltung dem Bürger gegenüber nur dann hoheitlich verbindlich handeln könne, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Bürger bestehe. Ein VA beruhe daher stets auf einer "durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierten Beziehung".¹⁾ Konkret sei diese Rechtsbeziehung deshalb, weil sie die Verwaltung mit einem bestimmten Bürger verbindet. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA sei daher nur eine Abkürzung für die Feststellung, daß zwischen der Verwaltung und dem Bürger ein Rechtsverhältnis nicht bestanden habe, das den Erlaß des erledigten VA erlaubt hätte.²⁾

Beide Autoren gestehen zwar zu, daß es sich hier um ein vergangenes Rechtsverhältnis handelt, doch könne das nicht gegen die Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage sprechen, da auch für die Klage auf Feststellung vergangener Rechtsverhältnisse ein dringendes Bedürfnis bestehe und sich ihre Zulässigkeit schon aus dem Rechtsgedanken des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO herleiten lasse.³⁾ R. NAUMANN,⁴⁾ der ja auch in der nachträglichen Feststellungsklage des § 113 Abs. 1 Satz 4 (bzw. § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO) eine allgemeine Feststellungsklage sieht, meint, diese Vorschrift setze geradezu voraus, daß auch vergangene Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein können.

Diese Ansicht kann lediglich für sich in Anspruch nehmen, daß sie überhaupt Rechtsschutz gewähren und damit dem Verfassungsgrundsatz des Art. 19 Abs. 4 GG gerecht werden will. Dogmatisch haltbar ist sie m.E. jedoch nicht.

1) Menger, System, S. 232.

2) Ebenso Haueisen, NJW 52, 912 (914); dieser Ansicht scheint sich Klinger, § 113, Anm. C 2 b und § 43, Anm. C 1 f. Fußn. 7 anzuschließen.

3) Vgl. auch Eyermann-Fröhler, § 43, Anm. 6; Haueisen, a.a.O.; a.A. Württ.-Bad. VGH VRspr. Bd. 10 Nr. 67.

4) a.a.O.

Rein von der Effektivität dieser Lösung her wäre vorher noch zu bemerken, daß so nur mittelbar eine Entscheidung über den VA selbst erreicht werden könnte. Da jedoch zwischen der Berechtigung der Behörde, den belastenden VA zu erlassen, und der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit desselben ein unlösbarer Zusammenhang besteht, enthält die Gerichtsentscheidung, wenn auch nur mittelbar, so doch unübersehbar auch eine Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des VA selbst. Dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers würde also mit einer solchen Feststellungsentscheidung ausreichend Rechnung getragen.

Unzutreffend ist hingegen der Ausgangspunkt, daß das sogenannte "vorgängige Rechtsverhältnis" ein Rechtsverhältnis i.S. des § 43 Abs. 1 VwGO sei. R. NAUMANN stützt sich auf die von JELLINEK¹⁾ vertretene Ansicht, ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts solle sogar schon dann gegeben sein, wenn zwischen Staat und Staatsbürger Beziehungen bestehen, kraft deren auch nur nach Meinung der Staatsbehörde ein Einschreiten gegen den Staatsbürger zulässig ist. Diese Definition ist zu weitgehend, da ihr zufolge grundsätzlich die Berechtigung der Behörde, den VA zu erlassen, immer als Rechtsverhältnis anzusehen wäre. In aller Regel sind aber die Beziehungen zwischen Behörde und Staatsbürger bis zum Erlaß des VA noch nicht zu einem Rechtsverhältnis verdichtet, es fehlt noch an der Konkretheit der festzustellenden Rechtsbeziehungen. Daß eine Norm besteht, die die Verwaltungsbehörde zum Erlaß eines VA berechtigt, berechtigt allenfalls dazu, von einem Rechtszustand zu sprechen.²⁾ Es ist also auch unzutreffend, wenn RENCK³⁾ unter Berufung auf MENGER sagt, ein VA beruhe stets auf einer "durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierten Be-

1) Vgl. R. Naumann, DVBl 51, 140 und VGH Freiburg DVBl 53, 28 (29).

2) Eyermann-Fröhler, § 43, Anm. 5.

3) a.a.O., S. 1795.

ziehung", also auf einem Rechtsverhältnis. Ein Rechtsverhältnis liegt aber erst dann vor, wenn sich aus der Anwendung von Rechtssätzen auf einen Sachverhalt rechtliche Beziehungen ergeben.¹⁾ Eine Aktualisierung bzw. Konkretisierung dieser Beziehung würde frühestens dann eintreten, wenn die Behörde dem Betroffenen in eindeutiger Weise ankündigt, sie werde von einer ihr nach ihrer Behauptung zustehenden Befugnis Gebrauch machen, wenn er einen bestimmten Tatbestand verwirklicht.²⁾

Die bloße Berechtigung der Behörde zum Erlaß des VA ist mithin noch kein Rechtsverhältnis³⁾ und kann daher auch nicht zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden.

Die Versuche anstelle des VA selbst ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand der Feststellungsklage zu machen und so zumindest mittelbar eine Feststellungsentscheidung über den erledigten VA zu erreichen, beschränken sich allerdings nicht auf das dem VA "vorgängige Rechtsverhältnis". Das Problem des Rechtsverhältnisses kann sich auch so stellen, ob nicht etwa das Rechtsverhältnis eine Funktion des VA ist.⁴⁾

A. NAUMANN⁵⁾ meint, der Antrag des Klägers, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen, betreffe zugleich meist das Bestehen oder Nichtbestehen der durch den rechtswidrigen VA entweder nach Meinung des Beschwerzten oder nach Meinung der Behörde entstandenen und nicht gänzlich wieder beseitigten rechtlichen Folgen des Akts.

FENGE⁶⁾ spricht von einem durch den VA ausgelösten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis insofern, als für den

1) Ule, § 43, Anm. 2 a.

2) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

3) VGH Stuttgart, a.a.O.; Bergmann, VerwArch Bd. 49, S. 366; van Gelder, JuS 65, 89.

4) Renck, NJW 65, 1795.

5) a.a.O., S. 355.

6) Diss., S. 95.

Beschwerten die Pflicht begründet worden sei, den Befehl auszuführen, und für die Behörde das Recht entstanden sei, die Ausführung des Befehls zu verlangen.

Ähnlich drückt sich der VGH Freiburg¹⁾ aus: Sei für ein Anfechtungsurteil nur deshalb kein Raum, weil die Rückgestaltung der Tatsachenlage in Anlehnung an die Änderung der Rechtslage nicht möglich sei, dann begründe schon der Anspruch auf Rückgestaltung der Rechtslage ein Rechtsverhältnis, falls nicht bereits der VA an eine Rechtspflicht des Betroffenen angeknüpft hatte oder eine Rechtspflicht begründet, d.h. ein Rechte- und Pflichtenverhältnis geschaffen habe.

MENGER²⁾ schränkt dahingehend ein, es werde nur dann eine Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt, wenn dargetan werde, daß aus besonderen Gründen der nicht mehr existente VA eine noch bestehende Rechtsbeziehung ausgelöst habe oder daß er einen Rechtsschein erzeugt habe, welcher dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens einer solchen Rechtsbeziehung verleiht.

In gewisser Weise lassen sich innerhalb dieser Meinungen zwei leicht voneinander abweichende Richtungen feststellen: teilweise wird von einem vergangenen Rechtsverhältnis gesprochen, das nur bis zur Erledigung des VA Bestand hatte,³⁾ teilweise wird das Entstehen eines Rechtsverhältnisses gerade mit der Erledigung des VA in Verbindung gebracht.⁴⁾

Alle Meinungen laufen jedenfalls darauf hinaus, daß der Kläger mit seinem Feststellungsantrag eine Entscheidung über das mit oder nach Erlaß des VA zustandegekommene bzw. nicht

1) a.a.O.

2) System, S. 243.

3) Vgl. A. Naumann und Fenge, a.a.O.; OVG Münster DÖV 59, 711.

4) Vgl. Menger und auch VGH Freiburg, a.a.O.

zustandegekommene Rechtsverhältnis begehrt und daß mit diesem Klageantrag dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers Genüge geleistet werde.

Diese Auffassung ist in zweierlei Hinsicht anfechtbar und letztlich nicht haltbar.

Zunächst ist sehr fraglich, ob jeder VA auf ein Rechtsverhältnis einwirkt oder ein neues begründet. Fraglich ist sogar, ob das für den Regelfall überhaupt zutrifft. Es spricht viel für die Ansicht, daß nur die echten rechtsgestaltenden VAe über ein Rechtsverhältnis verfügen.¹⁾ Ohne diese Frage hier endgültig entscheiden zu wollen, läßt sich jedenfalls mit Sicherheit sagen, daß immer in den Fällen, in denen ein gestaltender VA erlassen wurde, über ein Rechtsverhältnis verfügt wurde. Soweit auch in den übrigen Fällen von einem Rechtsverhältnis ausgegangen wird, ist die juristische Konstruktion zumindest als zweifelhaft zu bezeichnen. Das Gleiche gilt für die Versuche, ein Rechtsverhältnis, das von der Erledigung des VA seinen Ausgangspunkt nimmt, im Regelfall (VGH Freiburg) oder nur in Ausnahmefällen (MENGER) zu begründen.²⁾

Aber selbst wenn man von einem der Feststellungsklage nach § 43 VwGO zugänglichen Rechtsverhältnis ausgeht, ist dem Kläger nicht damit gedient, daß das Gericht den Antrag, die Rechtswidrigkeit des VA festzustellen, das Begehren unterschiebt, festzustellen, ob das Rechtsverhältnis entstanden

1) Vgl. Renck, a.a.O., der eine Parallele zu den gerichtlichen Entscheidungen herstellt, die auch nur dann als hoheitliche Verfügungsakte über Rechtsverhältnisse aufgefaßt werden, sofern sie Gestaltungsentscheidungen darstellen. Renck meint, diese Parallele ziehen zu dürfen, da der VA sich als Akt der Rechtsanwendung nur funktionsell, nicht auch strukturell vom gerichtlichen Erkenntnisakt unterscheide.

2) Ule, § 113, Anm. 3 b: "Aber auch für eine Feststellungsklage nach § 43 fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen, da ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Kläger nach Erledigung des VA nicht besteht. Alle Versuche, ein solches Rechtsverhältnis zu konstruieren, sind nicht überzeugend."

ist oder nicht: Ob das Rechtsverhältnis entstanden ist oder nicht, betrifft lediglich die Frage, ob der VA wirksam bzw. nichtig war. Das VG muß sich also auf die mittelbare Feststellung, ob der VA wirksam gewesen ist oder nicht, beschränken. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des wirksamen VA entzieht sich der verwaltungsgerichtlichen Feststellung.¹⁾ Nichtigkeit ist im Verhältnis zur Rechtswidrigkeit eines VA aber der engere Begriff. Auch ein nicht nichtiger VA kann bekanntlich rechtswidrig in Form der bloßen Aufhebbarkeit sein. Soweit also nur das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses Feststellungsgegenstand ist, erfährt der Kläger nichts über die Rechtswidrigkeit des wirksamen VA. Wenn der Kläger somit die Feststellung begehrt, daß der VA rechtswidrig war, wobei er von dessen ehemaliger Wirksamkeit ausgeht, und ihm daraufhin durch Feststellungsurteil bestätigt wird, daß ein Rechtsverhältnis entstanden ist (was implizite bedeutet, daß der VA wirksam war), so erfährt der Kläger lediglich etwas, was er schon vorher wußte, nämlich, daß der VA wirksam war.²⁾ Das eigentliche Klagebegehren des Klägers bleibt vollkommen unberücksichtigt. Daraus sind folgende Konsequenzen zu ziehen:

1. Diese Konstruktion entbehrt jeder Effektivität, soweit der Kläger die Wirksamkeit des VA bis zum Zeitpunkt der Erledigung nicht bestreitet.
2. Dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers wird mit dieser Lösung also nicht Rechnung getragen.
3. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA kann nicht als Abkürzung für die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses verwendet werden, da es sich um durchaus verschiedenartige Feststellungen handelt. Das Bestehen oder Nichtbestehen des

1) OVG Münster, a.a.O.

2) Vgl. van Gelder, JuS 65, 89, der auf diese Konsequenz mit aller Deutlichkeit hingewiesen hat.

Rechtsverhältnisses korrespondiert mit Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit des VA, nicht mit dessen Rechtswidrigkeit.

c) Zur vorbeugenden Feststellungsklage

MEYER¹⁾ deutet noch die Möglichkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage an, wenn z.B. eine Versammlung verboten wurde und auch für die Zukunft die Gefahr besteht, daß derartige Versammlungsverbote verfügt werden. MEYER²⁾ weist jedoch selbst darauf hin, daß die Zulassung einer solchen Feststellungsklage voraussetzen würde, daß es sich um ein der Feststellung fähiges Rechtsverhältnis handelt, was sehr zweifelhaft erscheine. An die Konkretisierung müßten strenge Anforderungen gestellt werden, um eine bedenkliche Ausweitung des vorbeugenden Rechtsschutzes zu vermeiden. - Die Zulässigkeit einer solchen vorbeugenden Feststellungsklage wird aus Gründen der mangelnden Konkretisierung auch heute noch weitgehend abgelehnt,³⁾ wenn in dieser Frage auch einiges in Fluß geraten ist.⁴⁾

Über die dogmatische Zweifelhaftigkeit dieser Lösung hinaus wäre aber zu bemerken, daß der Kläger in erster Linie ja eine unmittelbare und für ihn verbindliche Auskunft über den bereits ergangenen und erledigten VA haben will. Diese Funktion kann die vorbeugende Feststellungsklage jedoch nicht erfüllen.

E r g e b n i s :

Die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO mit dem Antrag, die Rechtswidrigkeit eines erledigten VAes festzustellen, ist, da weder das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses noch die Nichtigkeit eines VAes festgestellt werden sollen, unzulässig.

1) DVBl 56, 190 (192).

2) a.a.O., Fußn. 15.

3) Eyermann-Fröhler, § 43, Anm. 5; Ule, § 43, Anm. I 2 a; Koehler, § 43, Anm. VI 4.

4) Vgl. etwa Klinger, § 43, Anm. 1 f. mit Nachweisen.

3. Es besteht eine Lücke im Rechtsschutzsystem der VwGO

Nach dem bisher Gesagten bietet sich folgende Situation: Hat sich ein VA vor Klageerhebung erledigt, so ist weder § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO direkt anwendbar noch sind Anfechtungs- bzw. allgemeine Feststellungsklage zulässig. Der vom VA Betroffene hat also keine im Gesetz vorgesehene Klagemöglichkeit gegen vor Klageerhebung erledigte VAe. Daraus können grundsätzlich zwei verschiedene Konsequenzen gezogen werden:

1. Eine verwaltungsgerichtliche Klage ist schlechthin unzulässig.
2. Es besteht eine Lücke im Rechtsschutzsystem der VwGO, die ausgefüllt werden muß. Die Frage des "Wie" ist dann erst von sekundärer Bedeutung.

Gegen die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage haben sich ausgesprochen das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 4.3.1952 (DÖV 53, S. 91, Nr. 37), vom 2.3.1955 (DÖV 55, 473) und vom 3.12.1958 (DÖV 59, 711); das OVG Hamburg in seiner Entscheidung vom 13.12.1951 (VerwRspr. 4, 882; diese Rechtsprechung jedoch aufgegeben in der Entscheidung vom 22.4.1956, DVBl 67, 422); der Württ.-Bad. VGH in seiner Entscheidung vom 12.3.1957 (VerwRspr. 10, Nr. 67) und der BayVGH in seiner Entscheidung vom 3.2.1950 (NJW 54, 1382; diese Rechtsprechung jedoch aufgegeben in der Entscheidung vom 10.3.1950, VerwRspr. 12, S. 763; im Schrifttum vertraten bis in die jüngste Zeit die gleiche Meinung Redeker-v. Oertzen. In der 3. Auflage ihres Kommentars haben sie diese Meinung allerdings aufgegeben).

Das OVG Münster hat diese Auffassung in seiner Entscheidung vom 2.3.1955 ausführlich begründet. Es führt aus, eine eventuelle analoge Anwendung des § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO (§ 113, Abs. 1 Satz 4 VwGO) sei ausgeschlossen, da eine Lücke in der das Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit regelnden MRVO nicht gefunden werden könne. Eine Lücke, die vom Richter auszufüllen ist, sei nur dann gegeben, wenn entweder ausdrücklich auf die gesetzliche Regelung eines

Sachverhalts verzichtet worden sei oder die Regelung eines Sachverhalts übersehen oder nicht voraussehbar gewesen sei, das sei aber hier nicht der Fall. Vielmehr seien die beiden Klagemöglichkeiten der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bei Streitigkeiten, die einen VA betreffen, eine erschöpfende Regelung und wenn darüber hinaus eine besondere Klage zur Feststellung der Rechtswidrigkeit eines zurückliegenden und im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erledigten VAs in der MRVO nicht geregelt sei, so könne hieraus eben nur geschlossen werden, daß sie nicht zulässig ist. - Die Möglichkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA in § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO sei lediglich als Ausnahme besonders zugelassen worden. Diese Ausnahme sei allerdings notwendig gewesen, um denjenigen, der bereits vor der Erledigung des VA die Anfechtungsklage erhoben hatte, nicht zu nötigen, die Klage zurückzunehmen oder den Rechtsstreit für erledigt zu erklären und sich mit einer Einstellung des Verfahrens oder bloßen Kostenentscheidung zu begnügen. Abschließend bemerkt das OVG, rechtspolitisch sei nicht zu verkennen, daß dem Betroffenen hierdurch u.U. nur ein unvollkommener Rechtsschutz gewährt werde; diesem rechtspolitisch unbefriedigenden Zustand abzuhelpen, könne aber nicht Sache des Richters sein.

VAN GELDER¹⁾ hat diese Entscheidung mit dem Hinweis auf ihre positivistische Argumentation einer scharfen Kritik unterworfen. Es ist ihm darin unumschränkt Recht zu geben, daß diese Entscheidung nicht zu halten ist.²⁾

1) JuS 65, 89 (90).

2) Ebenso unhaltbar ist die Argumentation des OVG Münster in seiner Entscheidung vom 3.12.1958 = DÖV 59, 711, wo eine Klagemöglichkeit deshalb abgelehnt wird, weil die Klage nicht an eine Frist gebunden wäre und der Kläger daher besser stünde als der Anfechtungskläger. Wenn Art. 19 Abs. 4 GG eine Klagemöglichkeit eröffnet, kann diese nicht mit einem solchen Argument vereitelt werden.

Eine Lücke im Rechtsschutz ist nicht mit dem Hinweis darauf abzulehnen, daß die Klagemöglichkeiten der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vom Gesetzgeber als erschöpfende Regelung gedacht waren. Eine als erschöpfend gedachte Regelung trägt vielmehr immer in sich den Keim einer möglichen Rechtsschutzlücke. Daß diese nur dann gegeben sein kann, wenn ausdrücklich auf eine Regelung verzichtet worden sei oder die Regelung eines Sachverhalts übersehen worden oder nicht voraussehbar gewesen sei, kann nicht richtig sein. Ob eine Lücke im Rechtsschutzsystem besteht oder nicht, ist, insbesondere im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und die Generalklausel des § 40 VwGO, objektiv zu betrachten und nicht davon abhängig zu machen, ob der Gesetzgeber auf gewisse Rechtsschutzmöglichkeiten ausdrücklich verzichtet oder ob er sie durch eine erschöpfende Regelung der Klagsarten stillschweigend ausschließt. Insbesondere ist aus dem Fehlen einer Regelung nicht notwendig der Schluß zu ziehen, daß eine Klage nicht zulässig sei. Eine Lücke im Rechtsschutzsystem ist vielmehr immer dann gegeben, wenn in einem bestimmten Bereich der Rechtsschutz, sei es nun ausdrücklich oder nicht, völlig ausgeschlossen ist. Diese Situation ist unzweifelhaft dann gegeben, wenn sich ein belastender VA bereits vor Klageerhebung erledigt hat. Es ist nicht einzusehen, warum das Fehlen einer Klagemöglichkeit lediglich rechtspolitisch einen unbefriedigenden Zustand darstellen sollte. M.E. ist die Unterscheidung zwischen rechtspolitisch und nicht rechtspolitisch unvollkommenem Rechtsschutz vollkommen unsinnig. Auch dann, wenn sich der VA bereits vor Anhängigkeit der Anfechtungsklage erledigt hat, kann grundsätzlich ein Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen an der Herbeiführung einer gerichtlichen Klärung bestehen. Das ist der letztlich entscheidende Gesichtspunkt, der mit Rechtspolitik nichts zu tun hat. In Sachverhalten der vorliegenden Art besteht aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 19 Abs. 4 GG) die dringende Notwendigkeit, dem Betroffenen einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt zu gewähren.¹⁾

1) OVG Koblenz AS 6, 391 (392) VGH Stuttgart DÖV 57, 217
OVG Hamburg DVBl 37, 422. OVG Münster DVBl 61, 523.
Bergmann, VerwArch. Bd. 49, 333 ff. (366).

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes. Daher muß spätestens seit Inkrafttreten des GG die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines - wenn auch bei Klageerhebung erledigten - VA gegeben sein.¹⁾ Eine Regelung, die in einem bestimmten Bereich den Rechtsschutz völlig ausschließen würde, wäre als verfassungswidrig und nichtig anzusehen. Es ist fast unbegreiflich, daß das OVG Münster in seiner Entscheidung den Art. 19 Abs. 4 GG nicht einmal erwähnt hat.

Selbstverständlich bedeutet der in Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommene Grundsatz des lückenlosen Rechtsschutzes nicht, daß die Anrufung der Gerichte nicht von bestimmten Sachurteilsvoraussetzungen abhängig gemacht werden könnte. Die Gerichte sollen insbesondere nicht willkürlich, ohne daß ein sachlich gerechtfertigtes Interesse vorliegt, in Anspruch genommen werden können. Der Kläger muß also ein berechtigtes Interesse dafür nachweisen, daß die Rechtswidrigkeit des erledigten VA gerichtlich festgelegt wird. Dieses berechnete Interesse an der Herbeiführung dieser verwaltungsgerichtlichen Entscheidung kann sich schon daraus ergeben, daß der durch den VA betroffene Bürger aus zeitlichen Gründen gar keine Möglichkeit findet, vor Erledigung des VA Widerspruch einzulegen und die Anfechtungsklage zu erheben. Hier wäre an die sogenannten Überrumpelungsvollstreckungen zu denken, die die Eröffnung irgendeiner Rechtsschutzmöglichkeit dringend erfordern. Ein berechtigtes Interesse kann auch in der Gefahr begründet sein, daß die Behörde einen VA gleicher Art erlassen wird (sog. Wiederholungsgefahr).²⁾

Ganz allgemein läßt sich sagen, daß es nicht möglich ist, erledigte Tatbestände "gewissermaßen nur um der Gerechtig-

1) VGH Stuttgart, a.a.O.

2) Ob die Klage, die nur einen Zivilprozeß vorbereiten soll, durch ein berechtigtes Interesse gedeckt ist, ist allerdings sehr umstritten; vgl. dazu BVerwG DVBl 68, 220 mit Anmerkungen von Bartlsperger.

keit willen"1) zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Die Frage, ob eine Klagemöglichkeit gegen erledigte VAe überhaupt gegeben ist, darf also nicht damit vermengt werden, ob für eine solche Klage auch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Beide Gesichtspunkte werden insbesondere von denjenigen Autoren, die eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen erledigte VAe ganz ablehnen, nicht gebührend auseinandergehalten. Diesen Fehler begeht m.E. auch MEYER,2) der für den Fall der Erledigung einer ordnungsbehördlichen Obdachloseneinweisung dogmatisch darlegt, daß eine Klagemöglichkeit nicht gegeben sei. In diesem Fall entstehe aber auch keine Lücke im Rechtsschutz, da es sich in der Regel nur noch um einen Schadensausgleich handeln wird, für den die Zivilgerichte zuständig sind. Bei Erledigung eines Versammlungsverbots durch Fristablauf dagegen will MEYER eine verwaltungsgerichtliche Klage zulassen, da es dem Rechtssuchenden i.d.R. weniger auf den Ausgleich materiellen Schadens, als vielmehr auf die Wahrung der Versammlungsfreiheit ankomme. MEYER bestimmt also die Frage, ob überhaupt eine Klagemöglichkeit gegeben ist, danach, ob ein Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen ist oder nicht. Das bedeutet aber, das Pferd am Schwanz aufzuzäumen. Das angegangene Gericht muß doch entscheiden können, ob die Klage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses oder deshalb abzuweisen ist, weil die Klage von vornherein nicht zulässig sein kann.

Nicht darf die Notwendigkeit für die Zulassung einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen erledigte VA allerdings damit verneint werden, daß der Betroffene ja die Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Schadensersatzklage habe3) und damit dem Art. 19 Abs. 4 GG Genüge getan sei.4) Der Württ.-Bad. VGH4) führt dazu aus, dem Rechtsschutzsuchenden

1) Meyer, DVBl 56, 190 (192).

2) a.a.O.

3) a.a.O.; in der 2. Auflage auch noch Redeker-v. Oertzen, § 113, Anm. 1 b.

4) Württ.-Bad. VGH VRspr. 10, Nr. 37.

müsse nach Art. 19 Abs. 4 GG wohl der Rechtsweg, aber auch nur ein Rechtsweg offenstehen. Dem Betroffenen stehe in Fällen dieser Art aber der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zur Verfügung. Eine überflüssige Inanspruchnahme hindere die Gerichte an der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgaben und sie ist mit dem in Art. 19 Abs. 4 GG niedergelegten Rechtsgedanken sogar unvereinbar. Die Möglichkeit, im Amtshaftungsprozeß inzidenter die verwaltungsgerichtlichen Vorfragen eines erledigten, mit der Anfechtungsklage nicht mehr anfechtbaren VAs nachprüfen zu lassen, genüge der grundsätzlichen Forderung, daß ausreichender Rechtsschutz gewährt werden müsse.

Diese Entscheidung ist nicht haltbar. Sie verkehrt den Art. 19 Abs. 4 GG geradezu in sein Gegenteil. Die Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Schadensersatzklage stellt keinen ausreichenden Ersatz für die für unzulässig gehaltene verwaltungsgerichtliche Klage dar.¹⁾ Der Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG ist es nicht, ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung zu stellen, innerhalb dessen inzidenter auch mitentschieden wird, daß der Kläger durch die öffentliche Gewalt rechtswidrigerweise in einem seiner Rechte verletzt worden ist. "Einer solchen zusätzlichen Verfassungsgarantie bedurfte es 1949 nicht angesichts der Unmöglichkeit, den Zivilprozeß für die gedachten Fälle auszuschießen."²⁾ Art. 19 Abs. 4 GG will vielmehr den spezifischen Rechtsweg gegen jede rechtswidrige Ausübung öffentlicher Gewalt gewähren. Der von einem erledigten VA Betroffene kann doch verschiedenartige Rechtsschutzbedürfnisse haben. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz, der im Amtshaftungsprozeß durchsetzbar ist, ist doch grundsätzlich noch ein andersgeartetes Rechtsschutzbedürfnis vorstellbar, das mit dem materiellen Schadensausgleich nichts zu tun hat. Dem Bürger muß auch ein Anspruch darauf zugestanden werden, daß ein rechtswidriges Verwaltungshandeln, das ihn

1) OVG Hamburg, DVBl 67, 422; Renck, JuS 70, 113.

2) Geiger, Festschrift, S. 63.

in seinen eigenen Rechten verletzt hat, als "rechtswidrig gebrandmarkt"¹⁾ wird. Dieser Anspruch ist aber mit Sicherheit im zivilgerichtlichen Verfahren nicht durchsetzbar: einmal deshalb, weil der Ausspruch über die Rechtswidrigkeit des erledigten VA nicht genügend in Erscheinung tritt, zum andern, weil es die spezifische Aufgabe der Verwaltungsgerichte, und nicht der Zivilgerichte, ist, in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Rechtsschutz zu gewähren.²⁾ Soweit es dem Kläger also nicht auf den Ausgleich des materiellen Schadens, sondern auf die ausdrückliche Feststellung ankommt, daß der VA rechtswidrig war, ist dem Rechtsschutz mit der Verweisung auf die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen vor den Zivilgerichten nicht gedient.³⁾ Im übrigen muß nicht immer ein vermögensrechtlicher Schaden entstanden sein.⁴⁾

Im Gegensatz zur Meinung des Württ.-Bad. VGH und REDEKER - v. OERTZENs (2. Auflage!) ist also davon auszugehen, daß Art. 19 Abs. 4 GG die Gewährung v e r w a l t u n g s - g e r i c h t l i c h e n Rechtsschutzes fordert, um eine klare Lücke im Rechtsschutz zu schließen.

4. Verfahrensmäßige Ausfüllung dieser Gesetzeslücke durch eine ursprüngliche Feststellungsklage i g n o r a n t e n t s p r e c h e n d § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO

Bei der Frage, wie diese Lücke verfahrensmäßig ausgefüllt werden kann, ist an den Rechtsgedanken des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO anzuknüpfen.⁵⁾ § 113 Abs. 1 Satz 4 enthält den

1) Geiger, a.a.O., S. 34.

2) R. Naumann, DVBl 51, 140 (141).

3) Vgl. Meyer, a.a.O.

4) Renck, a.a.O.

5) OVG Koblenz AS 3, 391 (392).

Rechtsgedanken, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA auch dann noch begehrt werden kann, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Dieser Rechtsgedanke ist über den in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO geregelten Fall hinaus auch auf den Fall auszudehnen, daß sich der VA bereits vor Klageerhebung erledigt hat.¹⁾ Für diesen Fall ist eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 anzuerkennen.²⁾

Der Rückgriff auf den Rechtsgedanken in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO rechtfertigt sich daraus, daß die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 ihrer Natur nach auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit eines bei Klageerhebung bereits erledigten VA am besten zutrifft. Es ist dem OVG Koblenz darin Recht zu geben, daß kein durchschlagender, rechtssystematisch zwingender Grund ersichtlich ist, warum die Erledigung des VA in beiden Fällen, was den Rechtsschutz anbetrifft, unterschiedlich behandelt werden sollte.³⁾ Die Zulässigkeit der Klage gegen erledigte VAe darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob sich der VA nun zufällig kurz vor oder erst nach Klageerhebung erledigt hat, worauf der Betroffene u.U. keinen Einfluß hat.⁴⁾

1) Ule, § 113, Anm. 3 b; OVG Hamburg, a.a.O.

2) Ule, a.a.O.; Lerche, DÖV 54, 712 (714); Bergmann, Verw.-Arch. Bd. 49, S. 333 ff. (367); Obermayer, BayVBl 60, 208; OVG Koblenz, a.a.O.; OVG Hamburg, a.a.O.; VGH Stuttgart DÖV 57, 217; VG Karlsruhe DVBl 67, 861.

3) Ähnlich auch BVerwG NJW 58, 312 und DVBl 61, 444, wenn es sagt, es mache für die Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 keinen Unterschied, ob die Erledigung vor oder erst nach Erhebung der Klage eingetreten ist. Gegen diese Formulierung hat sich allerdings Bachof ("Verfassungs-, Verwaltungs-, Verfahrensrecht", S. 184) gewandt. Er ist der Ansicht, dieser vom BVerwG ausgesprochene Grundsatz dürfe wohl nicht verallgemeinert werden und jedenfalls nicht zu der voreiligen Annahme verleiten, daß jener Umstand auch für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses ohne Bedeutung sei. Bachof stellt an das Rechtsschutzbedürfnis höhere Anforderungen, wenn sich der VA bereits vor Klageerhebung erledigt hat.

4) BVerwG NJW 58, 312; OVG Hamburg, a.a.O.

VAN GELDER¹⁾ will eine Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 4 nur dann zulassen, wenn sich der VA "innerhalb des Verfahrens vor Klageerhebung erledigt". Unter "Verfahren" will v. GELDER das Verfahren von der Widerspruchserhebung bis zum verwaltungsgerichtlichen Urteil verstanden wissen.²⁾ Er hält eine Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 4 also nur für den Fall vertretbar, daß sich der VA nach Erhebung des Widerspruchs, aber vor Erhebung der Anfechtungsklage erledigt. Im Wege der Analogie könne § 113 Abs. 1 Satz 4 als eine Vorschrift, die nur eine innerhalb des Verfahrens regelnde Funktion hat, nicht auf den Zustand angewendet werden, der noch nicht Verfahren sei. Erledigt sich der VA daher vor Erhebung des Widerspruchs, folge die Zulässigkeit der Klage direkt aus Art. 19 Abs. 4 GG³⁾ und § 40 VwGO. Für diesen Fall könne die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht herangezogen werden, um die Zulässigkeit der Einleitung eines Verfahrens selbst zu rechtfertigen: nur die Form des Feststellungsantrags könne aus § 113 Abs. 1 Satz 4 hergeleitet werden.

Ob dieser Lösungsvorschlag nun vorzuziehen ist oder nicht, ist letztlich eine theoretische Frage, da dem Betroffenen in beiden Fällen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gewährt wird. M.E. sind die Grenzen einer zulässigen Analogie nicht bereits dann notwendig überschritten, wenn § 113 Abs. 1 Satz 4 auch für die Fälle analog herangezogen wird, in denen die Erledigung des VA bereits vor Erhebung des Widerspruchs eingetreten ist. Der in § 113 Abs. 1 Satz 4 zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke wird wohl so umfassend zu verstehen sein, daß er auf alle Fälle der Erledigung von belastenden VAcn ausgedehnt werden kann. Im Grunde handelt es sich hier um eine Art Ermessensfrage, die nicht eindeutig entschieden werden kann. Vertretbar ist beides. Vorzu-

1) JuS 55, 89 (91).

2) Vgl. Fußn. 16 a.a.O. und Mang, BayVBl 55, 241.

3) Vgl. auch Renck, JuS 70, 113 (117), der die Zulässigkeit der Feststellungsklage direkt aus § 43 Abs. 1 entnimmt.

ziehen ist m.E. die Klage in Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 4 in allen Fällen der Erledigung.

Diese Klage ist, ebenso wie die nachträgliche Feststellungsklage des § 113 Abs. 1 Satz 4 echte Feststellungsklage und zwar, da kein Rechtsverhältnis Feststellungsgegenstand ist, eine Feststellungsklage eigener Art.¹⁾

Die Gründe im einzelnen dafür, daß es sich bei dieser Klage weder um eine Anfechtungsklage noch um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO handeln kann, wurde bereits dort erörtert, wo die Zulässigkeit dieser Klagen untersucht und abgelehnt wurde. Insbesondere kann der Ansicht, die VwGO habe die Voraussetzungen einer Feststellungsklage erschöpfend geregelt,²⁾ nicht gefolgt werden.³⁾ Durch die Beschränkung in § 43 auf die Feststellung der Nichtigkeit des VA sollte, wie sich bereits aus § 113 Abs. 1 Satz 4 ergibt, dem Rechtsschutzsuchenden nicht die Möglichkeit verschlossen werden, nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines zunächst wirksamen, dann aber erledigten VAs

1) OVG Koblenz, a.a.O.; OVG Hamburg, a.a.O., S. 424; Ule, a.a.O.; Bergmann, a.a.O., S. 367; van Gelder, a.a.O., S. 91: van Gelder hat das OVG Koblenz offensichtlich mißverstanden, wenn er auf Seite 90 sagt: "... Will das OVG aber zum Ausdruck bringen, daß die ... Anfechtungsklage gegeben sei, so ist das Urteil in Frage zu stellen." Das OVG spricht aber ganz unmißverständlich von der "Feststellungsklage eigener Art"; BVerwG DVBl 67, 379 (381); im Ergebnis ebenso, aber unklarer BVerwG NJW 58, 312 und DVBl 61, 444. Renck (NJW 65, 1791, 1793) wendet gegen diese Lösung ein, daß die Rechtsschutzgewährung bei erledigten VAen nur als Ausnahmen von der Regel zu erklären seien, was zu der Frage anrege, ob das Verwaltungsprozeßrecht nur durch Regelwidrigkeiten unstreitig berechtigten Rechtsschutzwartungen zu entsprechen vermag. - Soweit das Verfahrensrecht jedoch kein passendes Verfahren zur Verfügung stellt, läßt sich diese Tatsache nicht vermeiden. - Vgl. dazu neuestens Renck, JuS 70, 113 (116).

2) So Meyer, DVBl 56, 191; OVG Münster DÖV 55, 473.

3) OVG Hamburg, a.a.O.

zu begehren.¹⁾ Die ausdrückliche Anführung nur der Nichtigkeitsfeststellung schließt die Rechtswidrigkeitsfeststellung insbesondere deshalb nicht implizite aus, weil dadurch § 43 nur erweitert, nicht aber eingeschränkt werden sollte.²⁾

Unüberwindbare dogmatische Hindernisse stehen der Einordnung dieser Klage in die Feststellungsklagen mithin nicht entgegen: das um so weniger, wenn man bedenkt, daß diese Klage nach Art und Ziel nur als Feststellungsklage einzuordnen ist.

Dem hier beschrittenen Lösungsweg kann auch nicht entgegengehalten werden, der Ausnahmecharakter des § 113 Abs. 1 Satz 4 verbiete eine Analogie, wie das OVG Münster³⁾ meint. Es ist heute allgemein anerkannt, daß der Ausnahmecharakter einer Norm eine ausdehnende Anwendung auf gleichgelagerte Fälle keineswegs ausschließt, wenn in dieser Norm ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Durchbruch kommt.⁴⁾ Folgt man allerdings der Ansicht des OVG Münster, daß die Ausnahme des § 113 Abs. 1 Satz 4 (§ 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO) nur deshalb zugelassen worden sei, um denjenigen, der bereits vor der Erledigung des VA die Anfechtungsklage erhoben hatte, nicht zu nötigen, die Klage zurückzunehmen oder den Rechtsstreit für erledigt zu erklären und sich mit einer Einstellung des Verfahrens oder einer bloßen Kostenentscheidung zu begnügen, so wird man nur schwerlich in dieser Vorschrift den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens finden, Sinn und Zweck des § 113 Abs. 1 Satz 4 erschöpfen sich aber mit Sicherheit nicht darin, daß dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie das Recht zugestanden wird, das einmal begonnene Verfahren zu Ende zu führen. Der entscheidende Gesichtspunkt in § 113 Abs. 1 Satz 4 ist darin zu erblicken, daß dem Kläger umfassender

1) BVerwG DVBl 67, 379 (381).

2) Renck, NJW 35, 1791 (1793).

3) Vgl. oben S. 123.

4) Lerche, DÖV 54, 712; van Gelder, a.a.O., S. 90.

Rechtsschutz gegen hoheitliche Akte gewährt werden soll. Nur bei dieser Betrachtungsweise läßt sich dem § 113 Abs. 1 Satz 4 ein allgemeiner Rechtsgedanke entnehmen.

Dem Wesen der Feststellungsklagen widerspricht es weiterhin nicht, daß ein in der Vergangenheit abgeschlossener Tatbestand zum Gegenstand der Feststellung gemacht wird. Einmal setzt § 113 Abs. 1 Satz 4 geradezu voraus, daß vergangene Tatbestände der gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sind. Zum anderen ist heute allgemein anerkannt, daß die Feststellungsklage nach § 43 auch dann noch zulässig ist, wenn ein vergangenes Rechtsverhältnis Feststellungsgegenstand ist, vorausgesetzt, es besteht ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung. - Die Zulassung der Feststellungsklage eigener Art entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 steht in vollem Einklang mit diesen beiden Grundsätzen.

E r g e b n i s :

Gegen vor Klageerhebung erledigte VAe ist eine ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig.

III. Erfordert diese Klage die Einhaltung der §§ 68 ff.?

1. Zum Vorverfahren

a) Die Klageart allein ist nicht entscheidend

Gem. § 68 VwGO bedarf es eines Vorverfahrens nur vor Erhebung der Anfechtungsklage (Abs. 1) und vor Erhebung der Verpflichtungsklage, wenn der Antrag auf Vornahme des VA abgelehnt worden ist (Abs. 2).

Will der Kläger also Untätigkeitsklage, Feststellungsklage oder allgemeine Leistungsklage erheben, verlangt die VwGO

die Durchführung¹⁾ eines derartigen Vorverfahrens nicht. Da sich die Erforderlichkeit des Vorverfahrens mithin ausschließlich nach der Art der zu erhebenden Klage richtet, ist die Frage, ob der Klage gegen erledigte VAe ein Vorverfahren gem. §§ 68 ff. vorausgehen muß, bereits dann beantwortet, wenn man sich über deren Rechtsnatur klar geworden ist. Das bedeutet konkret: Geht man davon aus, daß die Klage gegen erledigte VAe eine Anfechtungsklage ist, wird man folgerichtigerweise auch die Einhaltung der §§ 68 ff. fordern müssen; d.h. die Klage ist nur dann zulässig, wenn ein Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt wurde. Folgt man jedoch der hier vertretenen Meinung, die Klage sei eine Feststellungsklage (eigener Art), so bedarf es keines Vorverfahrens.²⁾

Man könnte an diesem Punkt bereits die Erörterung dieser Frage abschließen. Diese rein formalistische Argumentation ist zwar auf den ersten Blick bestechend schlüssig, doch bedarf sie m.E. einer weitergehenden Überprüfung:

Der Schluß von der Klageart auf die Erforderlichkeit oder Nichterfordlichkeit des Vorverfahrens nach § 68 ff. ist nur dann für sich allein ausreichend, wenn es sich um eine "gewöhnliche"³⁾ Anfechtungsklage i.S. des § 42 VwGO bzw. um eine allgemeine Feststellungsklage i.S. des § 43 VwGO handelt. Die Klage gegen erledigte VAe ist aber weder das eine noch das andere. Es handelt sich vielmehr um eine Klage eigener Art, für die die VwGO keine ausdrückliche Regelung enthält.⁴⁾ Unabhängig von den verschiedenen Meinungen

1) Bei der Untätigkeitsklage nach § 75 Satz 1 1. Alt. ist jedoch zumindest die Einlegung des Widerspruchs erforderlich.

2) Vgl. Renck, JuS 70, 113 (117).

3) Obermayer, Lehrbuch, S. 259.

4) VGH Stuttgart DÖV 57, 217 (218): es ist sicher nicht zutreffend, wenn Obermayer a.a.O. sagt, daß zwischen den gewöhnlichen Anfechtungsklagen und den Klagen gegen erledigte VAe lediglich ein formaler Unterschied bestehe, der es nicht rechtfertige, diese letzteren den für Anfechtungsklagen geltenden Sondervorschriften zu entziehen. - Anfechtungsklage und Klage gegen erl. VAe unterscheiden sich vielmehr wesensmäßig darin, daß erstere gestalten- der und letztere feststellender Natur ist. A.A. ausdrücklich Schenke, BayVBl 69, 304.

über die Rechtsnatur dieser Klage, läßt sich sagen, daß sie eine gewisse Zwitterstellung¹⁾ einnimmt. Anderfalls wäre die Einordnung dieser Klage in die bereits vorhandenen Klagearten ohne Schwierigkeiten möglich gewesen. Aus diesem Grund steht eine Argumentation, die sich lediglich an der Rechtsnatur dieser Klage orientiert, auf schwachen Beinen.²⁾ Das hat offensichtlich auch das BVerwG³⁾ gespürt, das zwar ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. ablehnt, da die Klage gegen erledigte VAe Feststellungsklage sei, im Anschluß daran aber untersucht, ob dieses Ergebnis auch im Einklang mit dem Zweck und der Bedeutung des Vorverfahrens stehe.

Es ist denkbar, daß diese Klage ihre eigenen Voraussetzungen hat. Daher müssen Sinn und Zweck des Vorverfahrens in Beziehung gesetzt werden zu den spezifischen Eigenschaften dieser Klage und daran gemessen werden.

Das bedeutet nicht implicite die Einschränkung des oben gewonnenen Ergebnisses, die Klage gegen erledigte VAe sei Feststellungsklage, sondern berücksichtigt nur konsequenterweise die Tatsache, daß sie eine in der VwGO nicht geregelte Feststellungsklage eigener Art ist.

Wir wollen daher die Frage, ob ein Vorverfahren durchzuführen ist, nicht ausschließlich in den bereits dargelegten Streit über die Klagearten bei der Entscheidung über von Rechtshängigkeit erledigte VAe einmünden lassen.⁴⁾

-
- 1) Einerseits hat diese Klage eine Feststellung zum Ziel, andererseits ist Klagegegenstand ein bis zum Erledigungsereignis wirksamer VA. Wirksame VAe können jedoch nach der Regelung der VwGO grundsätzlich nur im Wege der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden.
 - 2) Es ist Schenke (a.a.O.) daher nicht Recht zu geben, wenn er sagt: "Im vorliegenden Fall dürften aber nicht einmal Zweifel hinsichtlich der Frage bestehen, ob es eines Vorverfahrens bedarf."
 - 3) DVBl 57, 381.
 - 4) Wittig, BayVBl 64, 394 (396): "Es hieße das Pferd vom Schwanz her aufzäumen, wenn man diese Frage nur von der späteren Klage her beurteilen würde."

b) Die möglichen Zeitpunkte der Erledigung

Die Frage der Erforderlichkeit des Vorverfahrens bei der Klage gegen erledigte VAe kann sich in drei verschiedenen Situationen aktualisieren:

1. Der VA erledigt sich während der Widerspruchsfrist, aber noch bevor Widerspruch eingelegt wurde.
2. Der VA erledigt sich nach Erhebung des Widerspruchs. - Da das bisherige Widerspruchsverfahren mit dem Zeitpunkt der Erledigung gegenstandslos wird, ist fraglich, ob der Widerspruchsführer seinen Antrag auf Aufhebung des VA nun auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA umstellen und damit ein neues Widerspruchsverfahren einleiten muß.
Erledigt sich der VA erst nach Zustellung des abweisenden Widerspruchsbescheids, taucht sogar die Frage auf, ob nun ein weiteres Widerspruchsverfahren eingeleitet werden muß.
3. Auch nach Erhebung der Anfechtungsklage kann die Frage dann aktuell werden, wenn die Anfechtungsklage ohne Widerspruchsverfahren erhoben wurde und der VA sich noch innerhalb der Widerspruchsfrist erledigt. Muß der Kläger dann, um den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen zu können, noch ein Widerspruchsverfahren durchführen?¹⁾

c) Konstruktive Schwierigkeiten

Ein gewichtiges Argument gegen die Einhaltung eines Vorverfahrens in diesen Fällen ergibt sich bereits daraus, daß das Widerspruchsverfahren die Aufhebung des VA zum Ziele

1) Diese Fallgestaltung gehört zwar systematisch nicht hierher, da sich hier der VA nicht vor Rechtshängigkeit erledigt, doch spricht einiges dafür, die Probleme des Vorverfahrens im Zusammenhang zu erörtern.

hat, diese aber infolge der Erledigung nicht mehr möglich ist.¹⁾ Diese Problematik deckt sich weitgehend mit der oben aufgeworfenen Frage, welche Klage gegen vor Rechtshängigkeit erledigte VAe zu erheben ist. Ein wesentlicher Unterschied ist allerdings nicht zu verkennen: der VwGO ist eine (allgemeine) Feststellungsklage als Klageart nicht unbekannt. Es ist daher nicht grundsätzlich systemwidrig, den Anwendungsbereich dieser allgemeinen Feststellungsklage, soweit eine Gesetzeslücke vorhanden ist, durch die Einführung einer Feststellungsklage eigener Art zu erweitern. Die VwGO kennt hingegen nicht ein der Feststellungsklage vorausgehendes Vorverfahren,²⁾ das sich durch ein "Feststellungsvorverfahren eigener Art" erweitern ließe. Man könnte sich daher mit ULE³⁾ auf den Standpunkt stellen, daß ein Widerspruchsverfahren, das wegen mangelnder Aufhebbarkeit des VA keinen Sinn haben kann, auch nicht eingehalten werden müsse bzw. gar nicht könne. Mit dieser Argumentation kommt man jedoch, wenn auch durch Hintertürchen, wieder dazu, die Frage des Vorverfahrens allein von der Klageart abhängig zu machen, was wir aber gerade vermeiden wollten.

OBERMAYER⁴⁾ greift die Problematik, die sich aus der gestaltenden Natur des (stattgebenden) Widerspruchsbescheids ergibt, nicht wirklich auf, wenn er lakonisch feststellt, nach Erledigung des erledigten VA könne mit dem Widerspruch zwar nicht die Aufhebung, wohl aber die Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA durch die für den Erlaß des Widerspruchs zuständige Verwaltungsbehörde begehrt werden. In gewisser Weise ist das konsequent, da OBERMAYER gegen erle-

1) Das erwähnt Schenke, a.a.O., überhaupt nicht.

2) Anderes gilt allerdings bei den sog. Beamtenklagen, vgl. § 191 VwGO! Dieser Spezialfall soll jedoch zunächst unberücksichtigt bleiben; vgl. im übrigen zu dieser Frage Renck, JuS 70, 113 (117, insbes. Anm. 42).

3) a.a.O.; ebenso VG Karlsruhe, Urt. vom 20.10. 1966, DVBl 67, 861.

4) BayVB1 60, 209 (212).

digte VAe nur die Anfechtungsklage für zulässig hält. Dennoch muß er sich enthalten lassen, daß ein solcher Widerspruch in den §§ 68 ff. nicht geregelt ist. OBERMAYER hat dieser Frage seltsamerweise keine Beachtung geschenkt.

Rein konstruktiv ergeben sich bei der Anwendung der §§ 68 ff. folgende Schwierigkeiten: Geht man richtigerweise davon aus, daß nach Erledigung des VA nicht mehr die Anfechtungs-, sondern die Feststellungsklage eigener Art zulässig ist, so scheidet eine direkte Anwendung der §§ 68 ff. aus. Mit einer lediglich analogen Anwendung dieser Vorschriften ist es jedoch auch nicht getan, da das eigentliche Ziel des Widerspruchs, die Aufhebung des VA, nicht mehr erreicht werden kann. WITTIG¹⁾ sieht die Lösungsmöglichkeit darin, daß man den § 113 Abs. 1 Satz 4 auf das Widerspruchsverfahren wiederum analog anwendet, die Regelung des § 113 Abs. 1 Satz 4 also vorverlegt. Diese konstruktiv denkbare Lösung leidet jedoch darunter, daß sie auf einer Kette von Analogien beruht. Für den Fall, daß sich der VA vor Klageerhebung und vor Erhebung des Widerspruchs erledigt hat, ist sogar eine einfache Analogie des § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht ausreichend. § 113 Abs. 1 Satz 4 regelt nur die Erledigung nach Rechtshängigkeit, also die Umstellung des Aufhebungsantrags in einen Feststellungsantrag. Soweit der Widerspruch daher von vorneherein mit einem Feststellungsantrag erhoben werden soll, wäre also nur eine Analogie der ebenfalls bereits im Wege der Analogie gefundenen Feststellungsklage gegen vor Rechtshängigkeit erledigte VAe sinnvoll. - Die konstruktiven Bedenken gegen diese Lösung könnten allerdings dann in Kauf genommen werden, wenn für die Ausfüllung einer Gesetzeslücke ein dringendes Bedürfnis besteht und ein anderer Weg nicht gangbar ist. Das ist aber gerade nicht der Fall.

1) BayVBl 64, 394.

d) Argumente gegen die Durchführung eines Vorverfahrens

Vielmehr spricht gegen eine analoge Anwendung der §§ 68 ff., daß die Durchführung eines Vorverfahrens vor der Feststellungsklage eigener Art im Hinblick auf Zweck und Bedeutung des Vorverfahrens abzulehnen ist.

aa) Es ist dem BVerwG¹⁾ darin Recht zu geben, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA nichts mehr mit den Aufgaben zu tun hat, die der Verwaltung durch die §§ 68 ff. VwGO übertragen sind. Das BVerwG führt dazu im einzelnen aus:

"Dieses Verfahren ... gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, bisher nicht geprüfte Einwendungen vorzubringen, und der Verwaltung die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des VA nachzuprüfen, durch Aufhebung des angefochtenen bzw. durch Erlaß des beantragten VA den Betroffenen klaglos zu stellen oder aber ihn durch einen Widerspruchsbescheid, der auf seine Einwendungen eingeht, von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu überzeugen, damit den ordnungsmäßigen Gang der Verwaltung, zum Vorteil des Betroffenen und der Verwaltung unnötige Klagen zu verhindern und dadurch schließlich auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entlasten. Einen wesentlichen Teil dieser Aufgaben kann das Vorverfahren nicht mehr erfüllen, wenn sich der VA erledigt hat und nur noch seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit festgestellt werden kann. Die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit wäre für den Betroffenen in Fällen der vorliegenden Art ohne Interesse. Die Aufhebung des VA und damit eine Korrektur, die sich auf den Gang der Verwaltung auswirken könnte, ist nicht mehr möglich." 2)

-
- 1) Urteil vom 9.2.1967 = DVBl 67, 379 (381); bis zu dieser Entscheidung hat das BVerwG die Frage, ob ein Vorverfahren durchgeführt werden müsse, offengelassen; vgl. Urteile vom 28.2.1961 = DVBl 61, 444 und vom 8.11.1957 = NJW 58, 312; a.A. Schenke, BayVB1 69, 304, der die Argumentation des BVerwG in keinem Punkt bestehen läßt.
 - 2) Diese Rechtsprechung wurde ausdrücklich bestätigt vom BVerwG in seiner Entscheidung vom 12.12.1937 = DVBl 68, 752; gegen diese Rechtsprechung des BVerwG wendet sich entschieden Schenke, a.a.O.

Die Verwaltung wird also, soweit sie lediglich die Rechtswidrigkeit eines erledigten VA feststellt, nicht mehr als Verwaltung tätig, sondern übernimmt Aufgaben, die den VGEn zugewiesen sind. Die Kompetenz der Widerspruchsbehörde wird "zu weit in den richterlichen Sektor hinein ausgedehnt".¹⁾ Das kann auch nicht mit dem Argument entkräftet werden, daß die Widerspruchsbehörde ja dann, wenn sie den VA der Erstbehörde aufhebt, implicite auch die Rechtswidrigkeit dieses VA feststellt. Das Verfahren nach §§ 68 ff. setzt die Rechtswidrigkeitsprüfung des VA zwar voraus, doch ist diese nicht Selbstzweck. Sie geht lediglich einer verwaltenden Maßnahme voraus. Es ist ja ganz allgemein so, daß die Verwaltung jedes Verwaltungshandeln vorher auf dessen Rechtmäßigkeit hin prüfen muß. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nicht ist es jedoch Aufgabe der Verwaltung, nachträglich verbindlich darüber zu entscheiden, ob die ergangene Maßnahme rechtswidrig war, es sei denn implicite durch Rückgängigmachung der Maßnahme. Die Möglichkeit, sich selbst zu korrigieren, bleibt der Verwaltung unbenommen.

bb) Ein weiteres Argument gegen die Durchführung eines Vorverfahrens ergibt sich daraus, daß die Anerkennung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA durch die Widerspruchsbehörde nicht die Präzedenz- und auch nicht die Publizitätswirkung eines rechtskraftfähigen Feststellungsurteils hat.²⁾

Dem ließe sich nun entgegenhalten, daß ein durch einen nicht-erledigten VA Betroffener sich auch mit der Aufhebung des VA durch die Widerspruchsbehörde zufriedengeben muß und keinen Anspruch mehr auf ein Anfechtungsurteil hat. Die beiden Situationen lassen sich jedoch nicht miteinander vergleichen:

1) a.A. Wittig, a.a.O.

2) Ebenso, allerdings speziell im Hinblick auf einen späteren Amtshaftungsprozeß, BVerwG DVBl 67, 379; a.A. Wittig, a.a.O.

Es kann dem Betroffenen, soweit es ihm auf die Beseitigung eines belastenden oder auf den Erlaß eines begünstigenden VA ankommt, gleichgültig sein, ob er dieses Ziel durch ein Tätigwerden der Verwaltung oder durch Gerichtsurteil erreicht. Entscheidend ist lediglich, daß der Betroffene nach der Zurückweisung des Widerspruchs eine Klagemöglichkeit hat.

Anders verhält es sich jedoch dann, wenn es dem Betroffenen nur noch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA ankommt, weil dieser sich erledigt hat und daher eine Korrektur durch die Behörde nicht mehr möglich ist. Würde man den Betroffenen zwingen, vor Klageerhebung ein Widerspruchsverfahren durchzuführen und sich mit einem stattgebenden Widerspruchsbescheid der Verwaltungsbehörde, der die Rechtswidrigkeit des erledigten VA feststellt, zufriedenzugeben, so würde das eine Einschränkung des Rechtsschutzes darstellen. EYERMANN-FRÖHER,¹⁾ die nur bei Durchführung des Vorverfahrens den Rechtsschutz in gleicher Weise gewährleistet sehen wie bei Erledigung nach Klageerhebung, kann nicht gefolgt werden. EYERMANN-FRÖHLER begründen ihre Ansicht mit dem Hinweis auf die den VGen entzogene Prüfung der Zweckmäßigkeit eines VA. Dagegen ist einzuwenden, daß die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit für den Betroffenen nach Erledigung des VA ohne Interesse ist.

Die Feststellung durch die Verwaltungsbehörde stellt für den Rechtsschutzsuchenden ein Minus im Vergleich zu einem Gerichtsurteil dar.³⁾ Wird die Feststellung des Bestehens

1) § 113, 51.

2) a.A. Schenke, BayVB1 69, 304 (306).

3) Wenn man dennoch der Meinung ist, das Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit durch die Verwaltung beseitige das Feststellungsinteresse für die Feststellungsklage eigener Art (so OVG Münster VRspr. Bd. 5, 888: Klinger, § 113, C 5; Ule, § 113, I 3 a; Koehler, § 113, D II 3; Schenke, a.a.O.), so ist das noch kein Argument für ein obligatorisches Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO.

trifft. - M.E. wird das Rechtsstaatsprinzip hier am falschen Ort strapaziert. Die Gründe für die Kodifizierung der §§ 68 ff. waren eher prozeßökonomischer als rechtsstaatlicher Natur.

Unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung des Rechtsschutzes läßt sich weiterhin noch folgendes anführen: Wollte man die Zulässigkeit der Feststellungsklage eigener Art von der erfolglosen Durchführung eines Vorverfahrens abhängig machen, so hätte es die Verwaltung in der Hand, bewußt einen rechtswidrigen VA, an dessen Erlaß ihr besonders gelegen ist, sofort in erledigender Weise zu vollziehen und nachträglich diesen VA der gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen, indem sie dessen Rechtswidrigkeit im Vorverfahren sogleich zugesteht. Das wird sicher nicht die Regel sein, aber es genügt bereits, daß so ein Vorgehen überhaupt denkbar ist.

In Fällen solch mißbräuchlicher Überrumpelungsvollstreckungen darf der Betroffene nicht rechtsschutzlos gestellt werden können. Hier wären insbesondere wieder rechtswidrige Polizeiakte zu erwähnen, die sich sehr oft mit ihrem Vollzug erledigen. Gerade in diesem Bereich hoheitlichen Tätigwerdens liegt dem u.U. schwer betroffenen Bürger viel daran, daß der rechtswidrige Akt nicht von der Verwaltung selbst, sondern von einem VG einer Kontrolle unterzogen und für rechtswidrig erklärt wird.

Nicht vergleichbar damit ist die Situation für den Betroffenen, solange der VA noch Rechtswirkungen äußert. Hier ist das Vorverfahren ein vollwertiger Ersatz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Nicht zu übersehen ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Möglichkeit der Aufhebung des rechtswidrigen VA eine weit wirksamere Kontrolle der Verwaltung darstellt als die unverbindlichere und an den Tatsachen selbst nichts mehr ändernde Feststellung der Rechtswidrigkeit. Im letzteren Fall hätte die Verwaltung jedenfalls theoretisch die Möglichkeit, eine gewisse verwaltungsinterne Interessenabwägung vorzunehmen, die mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vollkommen unvereinbar wäre. Der Vorteil einer rechtswidrigen und nicht mehr rückgängig zu machenden Regelung darf nicht gegen die

nachteiligen Folgen einer nachträglichen Anerkennung der Rechtswidrigkeit mit der Konsequenz eventueller Schadensersatzansprüche abgewogen werden können.

e) Das Argument der Entlastung der VGe greift nicht durch

Gegenüber diesen schwerwiegenden Bedenken muß das Argument, für die Durchführung eines Vorverfahrens spreche die immer notwendiger werdende Entlastung der VGe, zurücktreten.¹⁾ Es ist zwar nicht zu verkennen, daß der Hauptzweck des Vorverfahrens gem. §§ 68 ff. in der Entlastung der VGe liegt,²⁾ doch rechtfertigt dieses Ziel die Durchführung eines Vorverfahrens nur dann, wenn nicht übergeordnete Prinzipien die Durchführung eines Vorverfahrens verbieten, was hier aber der Fall ist. Das Argument der Entlastung der VGe ist ohnehin, soweit eine analoge Anwendung der §§ 68 ff. in Frage steht, äußerst fragwürdig, da es in dieser Allgemeinheit ein Vorverfahren vor jeder beliebigen Klage rechtfertigen würde. Es ist daher nicht vertretbar, die grundsätzlich immer realisierbare Entlastung der VGe als entscheidendes Kriterium heranzuziehen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 68 ff. ist erst dann gerechtfertigt, wenn die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage einerseits und die Klage gegen erledigte VAe andererseits eine gewisse Rechtsähnlichkeit aufweisen und daher in beiden Fällen Erforderlichkeit und Zweck des Vorverfahrens weitgehend vergleichbar wären. Das ist aber gerade nicht anzunehmen. Beide Klagearten sind, abgesehen davon, daß immer ein VA Klagegegenstand ist, wesensmäßig verschieden.

1) So allerdings Schober, a.a.O., S. 553; Schenke, BayVB1 69, 304 (305).

2) Schunck-de Clerck, § 68, 1 c; Klinger, § 68, B 1; Redeker-v. Oertzen, § 68, 2.

f) Besonderheiten bei Klagen aus einem Beamtenverhältnis

Besonderer Erwähnung bedürfen in diesem Zusammenhang die Klagen aus einem Beamtenverhältnis. Nach § 126 Abs. 3 BRRG, der durch § 191 VwGO eingefügt worden ist, finden die §§ 68 ff. VwGO auf a l l e Klagen aus dem Beamtenverhältnis, also auch auf Leistungs- und Feststellungsklagen (nicht allerdings Untätigkeitsklagen nach § 75 VwGO), Anwendung. Das bedeutet, daß auch die Leistungs- und Feststellungsklage nur nach der erfolglosen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens zulässig erhoben werden können. Dasselbe muß dann naturgemäß auch für die Feststellungsklage eigener Art gelten, soweit sie dem Beamtenverhältnis entspringt. Diese Klage ist zwar in § 191 VwGO nicht ausdrücklich erwähnt, doch wäre es mit dem Sinn dieser Vorschrift unvereinbar, wollte man diese Klage einer Sonderbehandlung unterziehen, während der allgemeinen Feststellungsklage ein Vorverfahren vorausgehen müßte.

Nicht darf jedoch die Regelung des § 191 VwGO herangezogen werden, um die Durchführung eines Vorverfahrens auch vor den Feststellungsklagen eigener Art zu rechtfertigen, die keinem Beamtenverhältnis entspringen. Der § 191 stellt eine grundlegende Abweichung von der Regelung in der VwGO dar, wodurch die Eigenart des Beamtenverhältnisses berücksichtigt werden soll. Das enge Dienst- und Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten verlangt eine Nachprüfung aller den Beamten belastenden Maßnahmen der Dienstbehörde, bevor ein Gericht als außenstehende Institution mit diesen Interna befaßt werden kann.¹⁾ Die Regelung des § 191 VwGO ist Ausfluß des besonderen Gewaltverhältnisses, dem der Beamte unterworfen ist, und ist daher auf die übrigen Fälle nicht übertragbar. Das gilt für die Feststellungsklage eigener Art ebenso wie für die allgemeine Feststellungsklage oder Leistungsklage.

1) Kleefisch, BayBZ 60, 50 (52).

g) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis läßt sich daher festhalten:

Ein Vorverfahren entsprechend §§ 68 ff. muß der Feststellungsklage gegen vor Rechtshängigkeit erledigte VAe nicht vorausgehen. Die Feststellungsklage eigener Art unterscheidet sich darin also nicht von der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn die Feststellungsklage eigener Art einem Beamtenverhältnis entspringt.

Der Betroffene muß also weder Widerspruch einlegen, wenn sich der VA innerhalb der Widerspruchsfrist erledigt hat, noch seinen Aufhebungsantrag in einen Feststellungsantrag umstellen, wenn sich der VA während des bereits eingeleiteten Widerspruchsverfahrens erledigt hat. In beiden Fällen kann der Betroffene sofort nach der Erledigung des VA Feststellungsklage erheben.

Für den Fall, daß sich der VA erst nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erledigt, werden wohl auch die Befürworter eines Vorverfahrens ein neuerliches auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA gerichtetes Vorverfahren nicht für erforderlich halten, da die Rechtswidrigkeit des VA in dem abgeschlossenen Widerspruchsverfahren ebenfalls Prüfungsgegenstand war.

h) Zu dem Fall, daß sich der VA während Rechtshängigkeit, aber vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt

Noch nicht geklärt ist damit allerdings der oben auf S. 136 unter Nr. 3 gebrachte Fall, daß sich der VA, nachdem die Anfechtungsklage ohne Vorverfahren erhoben worden war, noch innerhalb der Widerspruchsfrist erledigt. Da sich der VA bereits erledigt hat, kommt ein Vorverfahren entsprechend §§ 68 ff. aus den gleichen Gründen nicht mehr in Betracht, die auch für die beiden oben erwähnten Fälle von Bedeutung waren. Daraus ergibt sich folgende Konsequenz:

Der erfolglos eingelegte Widerspruch ist zwingende Prozeß-

voraussetzung der Anfechtungsklage. Wurde das Vorverfahren nicht durchgeführt, ist die dennoch erhobene Anfechtungsklage also unzulässig. Dieser prozessuale Mangel kann jedoch dadurch geheilt werden, daß der Widerspruchsbescheid noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ergeht.¹⁾

Die Erhebung des Widerspruchs ist aber trotz anhängiger Klage nur innerhalb der Widerspruchsfrist zulässig, da die Klageerhebung weder den Widerspruch ersetzt noch die Widerspruchsfrist verlängert.²⁾

Im vorliegenden Fall ist es nun aber so, daß der Widerspruch, obwohl die Widerspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist, deshalb nicht mehr nachgeholt werden kann, weil der VA bereits erledigt ist. Die erhobene Anfechtungsklage ist daher von Anfang an unzulässig und nicht erst durch die Erledigung des angefochtenen VA unzulässig geworden. Das würde bedeuten, daß der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht mehr gestellt werden kann, da dieser eine bis zur Erledigung des VA zulässige Anfechtungsklage voraussetzt. Die Abweisung der Anfechtungsklage als unzulässig hat Vorrang vor dem Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4. Dennoch ist diese Konsequenz in dem speziellen Fall, daß der Widerspruch nur deshalb nicht mehr nachgeholt werden kann, weil der VA sich erledigt hat, nicht richtig. Der Grundsatz, daß der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 eine bis zur Erledigung zulässige Anfechtungsklage voraussetzen müsse, hat den Sinn, daß die erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 dann nicht zum Zuge kommen soll, wenn der Kläger sich auch gegen den nicht erledigten VA nicht mehr hätte wehren können.³⁾ Hier hätte der Kläger aber, wenn sich der VA nicht erledigt hätte, noch rechtzeitig Widerspruch einlegen können.

1) BVerwGE 4, 203: die Einhaltung des Vorverfahrens ist also keine Klage-, sondern bloße Sachurteilsvoraussetzung: vgl. Ule, DVBl 59, 539; Stich, DVBl 60, 378 (379).

2) Eyermann-Fröhler, § 68, 2.

3) Vgl. oben S. 39.

Aus diesem Grund muß der Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 noch zulässig sein. Hätte der VA sich hingegen nach Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt, wäre der Kläger rechtsschutzlos.

Das oben gewonnene Ergebnis, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 68 ff. nach Erledigung des VA nicht möglich ist, führt also auch in dem letztgenannten Fall zu einer vernünftigen Lösung.

1) Die Möglichkeit eines formlosen Verfahrens

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß der durch einen erledigten VA Betroffene natürlich in einem formlosen Verfahren von der Verwaltungsbehörde die Anerkennung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA begehren kann und die Behörde auch berechtigt ist, eine solche Feststellung auszusprechen. Der Unterschied zum Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO besteht darin, daß der Betroffene nicht zur Durchführung dieses Verfahrens vor Klageerhebung verpflichtet ist. Dieser ist vielmehr auch in der Lage, unmittelbar Feststellungsklage eigener Art zu erheben. Doch wird der Kläger in aller Regel vor Erhebung der Feststellungsklage den Beklagten auffordern, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA anzuerkennen, um nicht Gefahr zu laufen, daß der Beklagte den Anspruch sofort nach Klageerhebung anerkennt und den Kläger nach § 156 VwGO die Kosten treffen. Das wird zumindest dann gelten müssen, wenn sich der VA durch Zurücknahme erledigt hat.¹⁾ Die Ansicht SCHENKES,²⁾ daß der Beklagte stets bereits durch den Erlaß des VA Veranlassung zur Klageerhebung i.S. des § 156 gegeben habe und nur die schon erfolgte Anerkennung der Rechtswidrigkeit den Fall des § 156 treffe, scheint mir zu weitgehend.

1) Ule, Lehrbuch, S. 171.

2) a.a.O., S. 306.

E r g e b n i s :

Der ursprünglichen Feststellungsklage eigener Art muß kein Vorverfahren vorausgehen.

2. Zur Klagefrist

a) Die Klageart allein ist nicht entscheidend

Die Frage nach der eventuellen Einhaltung einer Klagefrist bei der Klage gegen vor Rechtshängigkeit erledigte VAe mündet wiederum in den Streit über die Rechtsnatur dieser Klage ein, da nach § 74 VwGO eine Klagefrist¹⁾ nur für die Anfechtungsklage (Abs. 1) und für die Versagungsgegenklage (Abs. 2) gilt. Für die Feststellungsklage gilt keine Frist. Wir werden jedoch ebenso wie im vorhergehenden die Entscheidung dieser Frage nicht von der Klageart abhängig machen können. Die Gründe dafür decken sich im wesentlichen mit den oben angeführten. Lediglich das OVG Münster²⁾ beschränkt sich auf eine formalistische Argumentation und sagt: "Es ... geht nicht an, die Rechtswidrigkeit unter entsprechender Anwendung von § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO für vor Klageerhebung erledigte VAe festzustellen. Denn dann würde der Betroffene, der von einem erledigten VA benachteiligt war, besser dastehen als derjenige Anfechtungskläger, gegen den ein noch fortwirkender VA erlassen ist, denn wenn der Anfechtungskläger nach § 23 MRVO die Anfechtungsklage versäumt hat, muß er auch einen noch fortwirkenden rechtswidrigen VA hinnehmen ...; diese Klage wäre nicht an eine Frist gebunden und der Kläger stünde besser als der Anfechtungskläger nach § 23 MRVO."

Im übrigen wird jedoch richtigerweise die Frage, ob eine Klagefrist einzuhalten ist, weitgehend losgelöst von dem

1) Die Einhaltung einer Widerspruchsfrist (§ 70) steht nicht in Frage, da es einen Widerspruch gegen erledigte VAe nicht gibt.

2) Urteil vom 3.12.1958, DÖV 59, 711.

Streit um die Klageart behandelt, da nur so dem Umstand Rechnung getragen werden kann, daß die Sachurteilsvoraussetzungen für die Klage gegen erledigte VAe in der VwGO nicht abschließend geregelt sind.

b) Zwei Fallgruppen:

Auszugehen ist von zwei durchaus verschieden zu behandelnden Fallgruppen.

- aa) Der VA erledigt sich nach Versäumung der Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 VwGO) bzw. der Anfechtungsfrist (§ 74 Abs. 1 VwGO)

Soweit sich der VA nach der Versäumung der Widerspruchsfrist erledigt, bietet sich folgendes Bild: Hat der Betroffene gegen den noch wirksamen VA schuldhaft (§ 60 VwGO) innerhalb der Frist des § 70 Abs. 1 keinen Widerspruch eingelegt, ist der VA unanfechtbar geworden, d.h. weder Widerspruch noch Anfechtungsklage sind gegen diesen VA mehr zulässig. Wirkt sich nun die Unanfechtbarkeit so aus, daß der VA auch nach seiner Erledigung unanfechtbar im weiteren Sinn ist, so daß also auch eine Feststellungsklage als unzulässig abzuweisen wäre?

Dem Gesetz läßt sich eine Antwort auf diese Frage nicht unmittelbar entnehmen. Das BVerwG¹⁾ bejaht diese Frage mit dem Hinweis darauf, daß die Erledigung des VA nicht schlechthin - gewissermaßen rückwirkend - die Einhaltung der §§ 68 ff. entbehrlich mache und daher für das Verfahren bis zur Erledigung nach wie vor die Vorschriften des Anfechtungsverfahrens, insbesondere die Fristvorschriften, gelten. Diese Argumentation ist m.E. nicht ganz schlüssig, denn daß bis zum Zeitpunkt der Erledigung des VA die Vorschriften des Anfechtungsverfahrens gelten, bedarf keiner sonderlichen Erwähnung. Entscheidend ist vielmehr, ob die für die Anfech-

1) DVBl 67, 381.

tung von VAen geltenden Fristvorschriften insofern über den Zeitpunkt der Erledigung hinaus Wirksamkeit entfalten können, als die Fristversäumung die Konsequenz im Gefolge hat, daß gegen den erledigten VA auch keine Feststellungsklage mehr zulässig ist.

Im Ergebnis mit dem BVerwG übereinstimmend, ist das zu befürworten. Denn es ist nicht recht einzusehen, warum der Betroffene einen unanfechtbar gewordenen, nicht erledigten rechtswidrigen VA hinnehmen muß, während er nach der Erledigung des VA diesen mit der Feststellungsklage wiederum angreifen kann. Darin läge eine durch nichts gerechtfertigte Besserstellung gegenüber dem normalen Anfechtungskläger.¹⁾

Unzutreffend ist allerdings die Auffassung A. NAUMANNs,²⁾ die Feststellungsklage müsse innerhalb der an sich gegebenen Anfechtungsfristen beschränkt bleiben, da der VA nach Ablauf der an sich gegebenen Anfechtungsfrist endgültig rechtsgültig geworden sei und damit die Rechtsgültigkeit seiner Voraussetzungen und Folgen statuiert hätte. - Rechtswidrigkeit und Anfechtbarkeit sind klar zu trennen. Ein rechtswidriger VA wird nicht durch den Eintritt der Unanfechtbarkeit zu einem rechtmäßigen, er wird vielmehr nur, obwohl er rechtswidrig ist, formell und materiell "bindend".³⁾ Die Feststellungsklage soll also nicht deshalb nach Ablauf von Widerspruchs- oder Anfechtungsfrist nicht mehr möglich sein, weil sie regelmäßig unbegründet wäre, sondern weil der nach wie vor rechtswidrige VA unanfechtbar geworden ist.

Diese Lösung stellt auch keine unzulässige Einschränkung des Rechtsschutzes dar. Der Betroffene hätte ja die Möglichkeit gehabt, rechtzeitig Widerspruch zu erheben. In diesem Falle wäre ihm auch die erweiterte Rechtsschutzmöglich-

1) v. Gelder, JuS 65, 89 (92).

2) Diss., S. 361.

3) Hauelsen, NJW 60, 1881 (1884).

keit des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erhalten geblieben. Der Betroffene hat also bewußt auf die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, daß er den VA, so wie er ergangen ist, hinnehmen will.

Dieses Ergebnis steht in vollem Einklang mit dem Grundsatz, daß der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO eine bis zum erledigenden Ereignis zulässige Anfechtungsklage voraussetzt. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten VA soll eben immer nur insoweit möglich sein, als der Betroffene sich noch mit der Anfechtungsklage gegen den nichterledigten VA hätte zur Wehr setzen können.

Daraus ist folgende Konsequenz zu ziehen:

Hat sich der VA erledigt, nachdem der Betroffene die Widerspruchsfrist versäumt hat, so taucht das Problem einer Klagefrist für die Feststellungsklage eigener Art gar nicht auf. Die Feststellungsklage ist vielmehr bereits deshalb von vorneherein unzulässig, weil die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 versäumt wurde.¹⁾ Entsprechendes gilt dann, wenn der VA sich nach Versäumung der Anfechtungsfrist des § 74 Abs. 1 erledigt hat.²⁾ Ein unanfechtbar gewordener VA kann nicht mehr zum Gegenstand einer Klage gemacht werden.

bb) Der VA erledigt sich vor Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach rechtzeitig eingelegtem Widerspruch, jedoch noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist

Erst bei dieser Fallgestaltung wird die Frage aktuell, ob die Feststellungsklage eigener Art die Einhaltung einer

1) Dieses Ergebnis läßt sich bereits der Subsidiarität der Feststellungsklage selbst zu solchen Verfahren, die unzulässig geworden sind, entnehmen; vgl. Renck, JuS 70, 113 (118 Anm. 45).

2) Schenke, BayVBl 69, 304 (307) sieht in diesem Ergebnis einen Widerspruch zu der Auffassung, die Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 sei Feststellungsklage. Schenke berücksichtigt jedoch dabei nicht, daß es sich um eine Feststellungsklage eigener Art handelt.

Klagefrist erfordert. Eine gesetzliche Regelung gibt es nicht.¹⁾

Soweit dieses Problem überhaupt Beachtung gefunden hat, geht die Tendenz dahin, die Zulässigkeit der Feststellungsklage gegen vor Rechtshängigkeit erledigte VAe von der Einhaltung einer bestimmten Klagefrist abhängig zu machen.

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 28.2.1961²⁾ ohne nähere Begründung geprüft, ob die Klagefrist des § 42 VGG eingehalten wurde, obwohl es in der gleichen Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat, es könne dahingestellt bleiben, ob man die Anfechtungsnormen zur Anwendung bringen könne.

Diese Entscheidung ist also wenig aufschlußreich. Das hängt damit zusammen, daß das BVerwG nicht die Folgen einer eventuellen Fristversäumung zu untersuchen hatte, da die Klage innerhalb der Frist des § 42 VGG erhoben wurde und daher in jedem Fall zulässig war.

Ähnlich verhält es sich mit der Entscheidung des BVerwG vom 9.2.1967.³⁾ Auch hier war das BVerwG nicht gezwungen, die Folgen einer Fristversäumung zu prüfen: es konnte daher diese Frage offenlassen. Dennoch hat das BVerwG gemeint, es könnte manches dafür sprechen, die Fristvorschriften in § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO und - falls keine Rechtsmittelbelehrung erfolgt - in § 58 Abs. 2 VwGO entsprechend anzuwenden.

Im Schrifttum äußert sich van GELDER⁴⁾ als ein Vertreter der Auffassung, die Klage gegen erledigte VAe sei Feststellungsklage, unmißverständlich. Er ist der Ansicht, es müsse die Einmonatsfrist des § 70 VwGO eingehalten werden. Dafür, daß die Feststellungsklage eigener Art grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Erlaß des erledigten VA erhoben werden müsse, spreche auch die Regelung des § 74 Abs. 1

1) a.A. sind natürlich die Vertreter der Meinung, die Klage sei Anfechtungsklage gem. § 42 VwGO.

2) DVB1 61, 444.

3) DVB1 67, 379 (381).

4) a.a.O.

Satz 2 VwGO. Den wirklichen Grund für die Einhaltung einer Monatsfrist sieht van GELDER jedoch darin, daß der Kläger, der die Feststellungsklage eigener Art erhebt, nicht besser gestellt werden dürfe als der Anfechtungskläger. Diese Konsequenz wiederum entnimmt er dem Umstand, daß der VA während der Zeit seines Bestehens nur mit der Anfechtungsklage bekämpft werden konnte.

SCHOBER,¹⁾ der die Einhaltung der §§ 68 ff. schon von der Klageart her befürwortet, begründet die Einhaltung der Monatsfrist zur Erhebung der Klage darüber hinaus damit, es sei nicht einzusehen, daß die mehr oder weniger vom Zufall abhängende Frage, ob sich der VA vor oder nach Klageerhebung erledigt hat, Einfluß auf die Klagefristen haben sollte. Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß sich für SCHOBER, der auch ein Vorverfahren nach Erledigung des VA für möglich und erforderlich hält, das Problem der Einhaltung einer Klagefrist lediglich nach erfolglos durchgeführtem Vorverfahren stellen kann.

M.E. wird man im Prinzip den Argumentationen van GELDERs und SCHOBERs folgen können, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß bei der Feststellungsklage eigener Art einige für die Kodifizierung der §§ 70, 74, 75, 76 VwGO entscheidende Motive nicht zum Zuge kommen. Einer der wichtigsten Gründe für die Einhaltung von Fristen bei der Erhebung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage ergibt sich aus der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) dieser beiden Rechtsbehelfe. Eine funktionierende Verwaltung wäre überhaupt nicht denkbar, wenn die durch einen VA Betroffenen zeitlich unbeschränkt die Möglichkeit hätten, diesen mit Widerspruch und Anfechtungsklage anzugreifen. Nach einer gewissen Zeit muß eben mit Rücksicht auf den allgemeinen Rechtsfrieden und die Funktionsfähigkeit der Verwaltung die Unanfechtbarkeit des VA eintreten. Dieser Gesichtspunkt erlangt jedoch dann keine Bedeutung, wenn die Klage lediglich darauf ge-

1) DÖV 66, 553.

richtet ist, die Rechtswidrigkeit eines erledigten VA festzustellen. Diese Klage kann keinen Suspensiveffekt wie Widerspruch und Anfechtungsklage haben. Andererseits läßt sich aus den Fristvorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen wiederum entnehmen, daß einmal wirksam erlassene VAe nicht unbegrenzt zum Gegenstand einer Klage gemacht werden sollen. Auch ein erledigter VA war bis zum Zeitpunkt der Erledigung wirksam.¹⁾ Dieser im Rahmen der Rechtsschutzsystematik der VwGO nirgends durchbrochene Grundsatz legt es nahe, auch die Feststellungsklage eigener Art den für Anfechtungsklagen geltenden Fristvorschriften zu unterwerfen. Es ist auch nicht recht einzusehen, warum etwa der durch einen belastenden VA Betroffene sich nach Versäumung der Widerspruchs- oder Anfechtungsfrist mit der rechtswidrigen intensiven Beschwerde dieses VA abfinden müßte, während er nach Erledigung desselben VA, soweit er noch nicht unanfechtbar geworden ist, diesen nicht mehr intensiv beschwerenden VA zeitlich vollkommen unbeschränkt zum Gegenstand einer Klage machen könnte. Eine ähnliche Überlegung wird wohl auch van GELDER angestellt haben, wenn er sagt, eine Besserstellung gegenüber dem Anfechtungskläger verbiete sich deshalb, weil der VA während seines Bestehens auch nur mit der Anfechtungsklage bekämpft werden konnte.

Für die Einhaltung einer Klagefrist spricht auch, daß die Gewährung von Rechtsschutz nicht weitgehend von Zufälligkeiten abhängig gemacht werden darf, auf die der Kläger ohne Einfluß ist.²⁾

Das mag folgendes theoretische Beispiel verdeutlichen: Würde sich der VA einen Tag vor Eintritt seiner Unanfechtbarkeit etwa durch Zurücknahme erledigen, wäre die Fest-

1) Es kann sich aber im Einzelfall auch ein nichtiger VA erledigen; vgl. unten S. 88 ff.

2) So BVerwG, Urteil vom 8.11.1957 = NJW 58, 312, allerdings in etwas anderem Zusammenhang.

stellungsklage eigener Art zeitlich vollkommen unbeschränkt zulässig. Würde sich der VA jedoch einen Tag später erledigen, wäre jeder Rechtsschutz ausgeschlossen. Diese Konsequenz wäre mehr als unbefriedigend.

Als Zwischenenergebnis läßt sich daher festhalten, daß auch die Feststellungsklage eigener Art nur innerhalb einer bestimmten Klagefrist erhoben werden kann.¹⁾

Als gesetzliche Grundlage dafür bietet sich eine analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO an, der bestimmt, daß die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des VA erhoben werden muß, wenn nach § 68 ein Widerspruchsbescheid nicht erforderlich ist. So lautet auch der Vorschlag des BVerwG.²⁾ Das würde bedeuten: Die Feststellungsklage eigener Art kann nur innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des erledigten VA in zulässiger Weise erhoben werden.

Diese Lösung kann jedoch nicht befriedigen, da ihr zufolge in allen Fällen, in denen sich der VA zwar nach Ablauf eines Monats seit seiner Bekanntgabe, aber noch vor Eintritt seiner Unanfechtbarkeit, erledigt, die Feststellungsklage eigener Art bereits wegen Fristversäumung als unzulässig abzuweisen wäre. Das haben sowohl van GELDER als auch das BVerwG nicht deutlich aufgezeigt.

Folgende Fallgestaltungen sind denkbar:

- 1) Soweit sich ein nichtiger VA erledigt und dann im Wege der Klage die Feststellung der Nichtigkeit dieses VA begehrt wird, gilt das allerdings nicht. Es handelt sich hier vielmehr um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO, die unabhängig vom Eintritt der Erledigung und von Fristvorschriften erhoben werden kann.
- 2) van Gelder, a.a.O., fordert die Einhaltung der Monatsfrist nach § 70. M.E. ist jedoch eine Analogie zu § 74 Abs. 1 vorzuziehen, da der Feststellungsklage eigener Art ein Widerspruchsverfahren nicht vorausgehen muß.

- 1) Der VA erledigt sich innerhalb der Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1, wobei folgende Unterteilung vorzunehmen ist:
 - a) der VA erledigt sich, ohne daß der Betroffene vorher Widerspruch eingelegt hat
 - b) der VA erledigt sich nach Einlegung des Widerspruchs.
- 2) Der VA erledigt sich während des rechtzeitig eingeleiteten Widerspruchsverfahrens, aber nach Ablauf eines Monats seit Bekanntgabe des VA.
- 3) Der VA erledigt sich nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren, aber innerhalb der Klagefrist des § 74 Abs. 1 Satz 1.

Lediglich der Fall 1)a) ist mit einer analogen Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 befriedigend zu lösen. Anfechtungs- und Feststellungskläger werden insofern gleichbehandelt, als sie innerhalb eines Monats gegen den VA etwas unternehmen müssen, um keiner Rechtsschutzmöglichkeit verlustig zu gehen. Der eventuelle Einwand des Betroffenen, es sei denkbar, daß sich der VA so kurz vor Ablauf der Monatsfrist erledige, daß eine Klageerhebung nicht mehr möglich sei und daher in dieser Regelung eine Benachteiligung liege, greift nicht durch, da es in diesem Zeitpunkt dann auch für die Einlegung des Widerspruchs zu spät wäre.

Was den Fall anbelangt, daß sich der VA innerhalb der Widerspruchsfrist, aber während des laufenden Widerspruchsverfahrens erledigt (Fall 1)b)), kann die analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 in seltenen Fällen bereits zu Unbilligkeiten führen. Erledigt sich hier der VA so kurz vor Ablauf der Monatsfrist, daß dem Widerspruchsführer keine Zeit mehr bleibt, die Feststellungsklage zu erheben, so wird dieser mit Recht geltend machen, daß ihm nun, obwohl er rechtzeitig Widerspruch eingelegt hatte, kein Rechtsschutz gewährt werden könne. Diese Konsequenz wäre in der Tat mit dem Grundsatz umfassenden Rechtsschutzes nicht vereinbar. Allerdings müßte dem Betroffenen in diesen Fällen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO) gewährt werden, wenn auch bei genauerem Hinsehen zu bemerken

ist, daß, solange sich der VA noch nicht erledigt hat, eigentlich nur die Frist des § 70 VwGO läuft und nach Einlegung des Widerspruchs nach der Regelung in der VwGO gar keine Frist mehr läuft. Unter Umständen käme daher nur eine analoge Anwendung des § 60 VwGO in Frage. Dieses Problem soll jedoch zunächst einmal dahingestellt bleiben.

In Fall 2) und 3) ist dem Betroffenen mit einer analogen Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nicht geholfen. Die Feststellungsklage wäre von vorneherein als unzulässig abzuweisen. In diesen Fällen kann die Frist also nicht mit der Bekanntgabe des VA zu laufen beginnen.¹⁾

Eine befriedigende Lösung läßt sich nur finden, wenn man eine analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 und Satz 1 VwGO kombiniert. Alleiniges Kriterium für die entsprechende Anwendung dieser beiden Vorschriften sollte sein, ob sich der VA vor oder nach Erhebung des Widerspruchs erledigt.

Damit ergibt sich folgende Zweiteilung:

1) Der VA erledigt sich innerhalb der Frist des § 70 VwGO, jedoch noch **v o r** Erhebung des Widerspruchs.

Hier ist eine entsprechende Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 sachgerecht (vgl. oben). Die Monatsfrist beginnt mit Bekanntgabe des erledigten VA zu laufen.

2) Der VA erledigt sich **n a c h** rechtzeitig erhobenem Widerspruch. Die Unterscheidung, ob sich der VA innerhalb der Frist des § 70 VwGO erledigt oder nicht, wird als unzweckmäßig fallengelassen. Es soll hier nur noch von Bedeutung sein, ob sich der VA während des laufenden Widerspruchsverfahrens oder erst nach Zustellung des Widerspruchsbescheids (§ 73 VwGO) erledigt:

1) Die analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 rechtfertigt sich zwar daraus, daß gegen einen erledigten VA kein Widerspruch mehr erhoben werden kann, sie berücksichtigt jedoch nicht, daß bis zum Erledigungsereignis ein Widerspruch sehr wohl möglich ist und daß sich daraus möglicherweise Konsequenzen ergeben können, die einer weitergehenden Regelung bedürfen.

a) Erledigt sich der VA während des Widerspruchsverfahrens, so wird der Widerspruch entweder durch einen Widerspruchsbescheid zurückgewiesen¹⁾ oder es ergeht nach entsprechenden Erledigterklärungen der Beteiligten lediglich noch eine Kostenentscheidung gem. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 AGVwGO, der dem § 161 Abs. 2 VwGO nachgebildet ist. In diesem Fall bietet sich eine entsprechende Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO an, so daß also die Monatsfrist mit Zustellung des Widerspruchsbescheids bzw. des Kostenentscheids nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 AGVwGO zu laufen beginnt.

b) Erledigt sich der VA erst nach Zustellung des Widerspruchsbescheids, so ist ebenfalls eine analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 der einzig gangbare Weg. Die Feststellungsklage eigener Art kann demnach nur innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden. Eine direkte Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 2 scheidet aus, obwohl ein Widerspruchsbescheid i.S. dieser Vorschrift ergangen ist, da keine Anfechtungsklage erhoben werden soll.

Die Feststellungsklage kann jedoch dann in entsprechender Anwendung des § 58 Abs. 2 VwGO noch innerhalb eines Jahres erhoben werden, wenn der VA oder der Widerspruchsbescheid bzw. Kostenentscheid nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen waren.²⁾

Störend an diesem Lösungsvorschlag ist allenfalls, daß er zu keinem einheitlichen und daher übersichtlichen Ergebnis kommt. Das läßt sich jedoch nicht vermeiden. Es wäre natürlich daran zu denken, in allen Fällen die Monatsfrist mit dem Erledigungsereignis beginnen zu lassen. Abgesehen von konstruktiv-dogmatischen Überlegungen läßt sich das aber schon praktisch nicht verwirklichen. Zum einen ist das er-

1) Wohl als unzulässig, da nach Erledigung des VA kein Rechtsschutzbedürfnis mehr an einer Aufhebung des VA besteht, vgl. oben S. 43.

2) Vgl. BVerwG DVBl 67, 381.

ledigende Ereignis rein zeitlich gesehen ein zu unexakter Vorgang, als daß er eine Frist in Gang setzen könnte; zum andern vollzieht sich die Erledigung eines VA in aller Regel ohne beweiskräftige Fixierung ihres Zeitpunkts, so daß der Fristbeginn erst in einem nachträglichen Beweisverfahren ermittelt werden müßte. Aus diesen Gründen scheidet die Möglichkeit, die Monatsfrist ab Erledigung laufen zu lassen, von vorneherein aus.

c) Abschließend ist noch zu erwähnen, ob die Fristen nach § 74 Abs. 1 Sätze 1 und 2 auch dann als gewahrt angesehen werden können, wenn der Betroffene nach Erledigung des VA einen unzulässigen Widerspruch bzw. eine unzulässige Anfechtungsklage erhebt. Das wird regelmäßig zu befürworten sein, da sowohl die Rechtsmittelbelehrung des VA als auch die des Widerspruchsbescheids für den Fall der Erledigung des VA auf unzulässige Rechtsbehelfe verweisen, nämlich auf Widerspruch und Anfechtungsklage. Die aus der fehlenden gesetzlichen Regelung sich ergebende Unsicherheit kann dem Betroffenen nicht angelastet werden.¹⁾

E r g e b n i s :

Die ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art bedarf der Einhaltung einer Klagefrist in entsprechender Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO.

1) Vgl. van Gelder, a.a.O.

4. Kapitel:

§ 113 Abs. 1 Satz 4 UND DIE ERLEDIGUNG EINER "SONSTIGEN AMTSHANDLUNG" (REALAKT)

I. Der Streit um den VA-Begriff in der VwGO

§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO setzt die Erledigung eines VA voraus. Die Feststellungsklage eigener Art knüpft also ebenso wie Anfechtungs- und Verpflichtungsklage an den zentralen Begriff des VA an. Stellen wir nun die berechnigte Frage, was diese Vorschrift denn genau genommen unter "VA" verstanden wissen will, so werden wir mit einem der heftigst umstrittenen Probleme in der VwGO konfrontiert. Der Streit geht darum, ob der in der VwGO verwendete Begriff des VA mit dem des materiellen Verwaltungsrechts identisch ist oder ob es auch einen VA in prozeßrechtlichem Sinn gibt.

Diese Frage ist von grundlegender Bedeutung für die ganze Rechtsschutzsystematik der VwGO, da der VA der entscheidende Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß ist.

Dieser Streit spitzte sich insbesondere darauf zu, ob mit der Verpflichtungsklage nicht nur VAe im herkömmlichen Sinn, sondern Amtshandlungen jeder Art erstritten werden könnten.¹⁾ Die h.M.²⁾ steht nach wie vor auf dem Standpunkt, diese Ausweitung der Verpflichtungsklage widerspreche dem klaren Wortlaut der VwGO, und verweist daher auf die Möglichkeit der allgemeinen Leistungsklage. Das ergebe sich zweifelsfrei

1) So Eyermann-Fröhler, § 42, 14 ff.; Bettermann, NJW 60, 649; Engelhardt, JZ 61, 588 (590).

2) BVerwG NJW 63, 553; neuestens BVerwG MDR 69, 507; Ule, § 42, III 4 a und § 113, II; Koehler, § 42 B III 3 e; Schunck-de Clerck, § 42, 3 a aa; Schäfer, DVBl 60, 837; Müller, DÖV 65, 40; Rupp, AÖR 85, 301 (303); Hegel, JZ 63, 15 mit weiteren Nachweisen.

bereits aus den §§ 75 Abs. 1, 68 Abs. 2 und 42 Abs. 1 VwGO.¹⁾ § 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO, der den Begriff der Amtshandlung verwende, sei auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen. Dieser Formulierung komme also keinerlei selbständige Bedeutung zu.²⁾ Das Wort "Amtshandlung" sei also durch "VA" zu ersetzen.

M.E. spricht jedoch viel dafür, den in der VwGO verwendeten Begriff des VA weit auszulegen³⁾ und auf jedes hoheitliche Handeln einer Verwaltungsbehörde auszudehnen. Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. § 40 VwGO, der gegen jedes hoheitliche Handeln den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz garantiert, macht die oft äußerst schwierige Abgrenzung zwischen VAen und sonstigen Amtshandlungen überflüssig. Es ist nicht recht einzusehen, warum man dieser Abgrenzungsfrage so viel Aufmerksamkeit widmet, wenn die einzige Konsequenz darin bestehen soll, daß der Betroffene bei Verneinung eines VA das Parteistreitverfahren und nicht die Verpflichtungsklage zu wählen hat. Es entspricht der Systematik der VwGO wohl mehr, nur bei Streitigkeiten aus einem Gleichordnungsverhältnis das Parteistreitverfahren zur Verfügung zu stellen, während der Erlaß einer jeden hoheitlichen Maßnahme mit der Verpflichtungsklage zu begehren ist.⁴⁾ Nach der heutigen Rechtslage ist der Begriff des VA im Verwaltungsprozeßrecht ein Zweckbegriff geworden.⁵⁾

Solange die VwGO allerdings noch ausdrücklich den Begriff des VA verwendet, ist nur mit einer weiten Auslegung dieses

1) Ule, § 113, II.

2) Vgl. Hegel, a.a.O.

3) Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4, Anm. 11; Schunck-de Clerck, § 42, 2 a; Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Bettermann, a.a.O.; Geiger, Festschrift, S. 63; BVerwGE 18, 154 (155).

4) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

5) Vgl. dazu auch Renck, JuS 70, 113 (115 Anm. 15), der sich entschieden gegen eine Manipulierbarkeit des VA-Begriffs wendet und meint, mit Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel sei der sog. "reale VA" eine überflüssige Trickfigur geworden.

Begriffs geholfen. De lege ferenda wäre jedoch zu überlegen, ob man den VA-Begriff im Verwaltungsprozeßrecht gänzlich aufgeben sollte, da eine Sonderbehandlung des VA nicht mehr gerechtfertigt ist.¹⁾ Die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage rechtfertigt sich insbesondere bei allen den Amtshandlungen, deren Ablehnung einen VA darstellen würde,²⁾ da nur die Verpflichtungsklage zur Aufhebung dieses ablehnenden Bescheids führt.³⁾

II. Die nachträgliche Feststellungsklage eigener Art

EYERMANN-FRÖHLER⁴⁾ wollen nun auch den Anwendungsbereich der **A n f e c h t u n g s k l a g e** dahingehend ausweiten. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden.

Eine Amtshandlung, die keine rechtlich verbindliche Wirkung hat, also kein VA im engen Sinn ist, kann im Wege der Anfechtungsklage nicht beseitigt werden.⁵⁾ Nur eine Rechtsäußerung ist der Natur der Sache nach durch einen Rechtsanspruch "aufhebbar". Dasselbe gilt hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage.⁶⁾

1) Vgl. Schweickhardt, DÖV 65, 795 ff.; das Klagesystem in der VwGO müßte dann allerdings neu geregelt werden.

2) Bachof, "Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung" (1951), S. 31 und Anm. zu Urteil des BVerwG vom 21.10.1955 = JZ 56, 342; ihm folgend Eyermann-Fröhler, § 42, 17; ausdrücklich ablehnend BayVGh Urt. vom 20.10.1960 = BayVBl 61, 58 und Rupp, a.a.O.; vgl. aber auch Bachof, JZ 62, 707 (Nr. 121), wo er den Anwendungsbereich der allgemeinen Leistungsklage ausweiten will.

3) Bettermann, a.a.O.; Kritik bei Schäfer, a.a.O.

4) a.a.O.

5) BVerwGE 14, 323 (327); Rupp, a.a.O.; Hegel, a.a.O.; Bettermann, a.a.O.; das haben offensichtlich auch Eyermann-Fröhler gespürt, wenn sie in Anm. 15 ausführen, die Ausdehnung des VA-Begriffs müsse "insbesondere auch für die Verpflichtungsklage gelten".

6) Rupp, a.a.O.

Es liegt keine Inkonzsequenz darin, die Ausweitung des VA-Begriffs zwar bei Verpflichtungsklagen, nicht aber bei Anfechtungsklagen vorzunehmen, da dem kassatorischen Gestaltungsurteil Schranken rein tatsächlicher Art gesetzt sind.¹⁾ Die grundsätzlich zu befürwortende Ausweitung des herkömmlichen VA-Begriffs darf nicht zu rechtlichen Unmöglichkeiten führen.

Für die Feststellungsklage eigener Art läßt sich daraus folgendes **E r g e b n i s** ableiten:

Die Feststellungsklage eigener Art hat immer dann einen VA im Sinn des materiellen Verwaltungsrechts zum Gegenstand, wenn sie durch Umstellung eines zulässigen Anfechtungsantrags erhoben wird, wenn also Erledigung nach Erhebung der Anfechtungsklage eintritt.

III. Die ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art

Im übrigen kann die **u n m i t t e l b a r** erhobene Feststellungsklage eigener Art jedoch jede Amtshandlung zum Gegenstand haben, die einer Rückgängigmachung nicht mehr fähig ist, d.h. die Zulässigkeit der Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob sich ein VA im Sinn des materiellen Verwaltungsrechts vor Erhebung der Anfechtungsklage erledigt oder ob sich eine sonstige Amtshandlung, gegen die die Anfechtungsklage gar nicht zulässig ist, tatsächlich erledigt.

1. Ausweitung des VA-Begriffs

Die sonstigen Amtshandlungen werden häufig auch Realakte genannt,²⁾ weil sie gekennzeichnet sind durch die Tatsächlichkeit des Vorgangs bzw. Handelns.

1) Schweickhardt, a.a.O., S. 799; vgl. auch Renck, JuS 70, 113 (114).

2) Vgl. Wolff, § 36, II b; Schiedermaier, S. 241; Eyermann-Fröhler, § 42, 60; Widtmann, JZ 62, 39.

Vereinzelte wird versucht, ein derartiges faktisches Handeln der Verwaltung dadurch der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich zu machen, indem man darauf abstellt, ob die tatsächliche Handlung zugleich das Rechtsgebot an den Betroffenen enthalte, ihren Vollzug zu dulden oder geschehen zu lassen.¹⁾ Dieser stillschweigende Duldungsbefehl sei in Wahrheit Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Sei der Realakt hingegen kein VA, scheide der Verwaltungsrechtsschutz überhaupt aus.²⁾ Darin mag zwar bereits eine gewisse Ausweitung des VA-Begriffs zu erblicken sein, doch geht diese Auffassung im Prinzip ebenso von der unrichtigen Prämisse aus, daß nur VAe gerichtlich überprüfbar seien.

Art. 19 Abs. 4 GG bestimmt, daß demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen steht. Daraus ergibt sich, daß j e d e s hoheitliche Handeln, das geeignet ist, in Rechten zu verletzen, gerichtlich überprüfbar sein muß, also auch Realakte, "die keine VAe sind".

Dem Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht schon damit Genüge getan, daß dem Betroffenen schlechthin ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung steht, innerhalb dessen die Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Verwaltungshandelns inzidenter mitentschieden wird,³⁾ wie etwa in einem Amtshaftungsprozeß.

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert vielmehr den spezifischen Rechtsweg gegen jede rechtswidrige Ausübung hoheitlicher Gewalt, d.h. eine verwaltungsgerichtliche Klage, die lediglich die Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Handlung zum Gegenstand hat.⁴⁾ Art. 19 Abs. 4 GG, konkretisiert durch die Generalklausel des § 40 VwGO, verbietet es demnach, die Gewährung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes von der

1) Forsthoff, S. 192; vgl. auch Eyermann-Fröhler, a.a.O.

2) Widmann, a.a.O.

3) So allerdings Württ.-Bad. VGH VRspr. 10, Nr. 67.

4) Vgl. auch oben S. 126 f.

Existenz eines VA im materiellen Sinn abhängig zu machen. Der durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährte umfassende Rechtsschutz kann nur erreicht werden, wenn man Abschied nimmt vom materiellen VA-Begriff und jede Einzelmaßnahme eines Trägers öffentlicher Gewalt als "VA" qualifiziert.¹⁾

2. Die Konsequenzen

Diese durch Art. 19 Abs. 4 GG erzwungene Neubestimmung des VA-Begriffs ist im Rahmen der Feststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 von weit wichtigerer Bedeutung als im Rahmen der Verpflichtungsklage, denn hält man eine Verpflichtungsklage auf Vornahme einer Amtshandlung jeder Art für unzulässig, eröffnet sich dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit der allgemeinen Leistungsklage. Bei einem Leistungsbegehren hat der Streit um den VA-Begriff also lediglich Bedeutung für die Wahl der Klageart. Ganz anders verhält es sich bei der Feststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4. Wollte man die Zulässigkeit dieser Klage vom Vorliegen eines materiellen VA abhängig machen, hätte der durch ein tatsächliches hoheitliches Handeln in seinen Rechten Verletzte keinerlei verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz. Die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO wäre regelmäßig unzulässig, da kein Rechtsverhältnis Feststellungsgegenstand ist.²⁾ Bei rein tatsächlichem Verwaltungshandeln kann auch nicht zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit unterschieden werden wie bei materiellen VAen, so daß der Betroffene also auch nicht allgemeine Feststellungsklage mit dem Antrag erheben könnte, die Nichtigkeit dieses Handelns festzustellen.³⁾

1) Maunz-Dürig, a.a.O.; Geiger, a.a.O.

2) Schiedermaier, a.a.O., hält unrichtigerweise die allgemeine Feststellungsklage für zulässig.

3) Bei Realakten, die als VAe zu werten sind, gilt das nicht.

3. Rechtsschutz gegen Polizeiexzesse

Eine eminent wichtige Bedeutung gewinnt diese Ausweitung des Rechtsschutzes bei P o l i z e i e x z e s s e n, wie etwa der Mißhandlung eines nach § 127 StPO vorläufig Festgenommenen während seiner Vernehmung oder das Zerstören der Wohnungseinrichtung im Zuge der zwangsweisen Räumung der Wohnung.

Fraglich ist allerdings, ob diese Ausschreitungen überhaupt noch als hoheitliches Handeln zu bezeichnen sind und nicht vielmehr nur unerlaubte Handlungen (mit oder ohne Charakter einer Straftat) darstellen, gegenüber denen der Verwaltungsschutz ausscheidet. Obwohl dieses polizeiliche Verhalten "in der Tat am Ende der Skala eines hoheitlichen Handelns" liegt und im Zweifel "bare Willkür"¹⁾ ist, ist GEIGER²⁾ darin zuzustimmen, daß es gleichwohl aus dem Bereich hoheitlichen Handelns nicht herausfällt, also nicht im Hinblick auf die exzessive Willkür in ein bloß "privates" Handeln eines rabiat gewordenen Uniformträgers umschlägt, da entscheidend der offenkundige Zusammenhang des Exzesses mit dem Dienst ist. Der Betroffene kann also, auch wenn diese Gewalttätigkeit im Zusammenhang mit einer anderen, ihrerseits verwaltungsgerichtlich kontrollierbaren polizeilichen Maßnahme (z.B. vorläufige Festnahme) erfolgt ist, selbständig³⁾ die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Handelns beantragen.⁴⁾

1) Geiger, a.a.O., S. 68.

2) a.a.O.

3) Das Exzeß ist immer rechtswidrig, während die eigentliche Polizeimaßnahme rechtswidrig oder rechtmäßig sein kann.

4) Der Verwaltungsrechtsweg ist jedoch nur dann gegeben, wenn es sich nicht um einen sog. JustizVA handelt, gegen den der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben ist, vgl. Art. 23 EGGVG i.d. Fassung des § 179 VwGO. Wann ein polizeilicher Akt ein JustizVA ist, ist im einzelnen umstritten, vgl. BVerwGE 11, 181; Holland, JuS 65, 559; BayVGH BayVB1 67, 97; Schwarz-Kleinknecht, § 23 EGGVG Anm. 2.

Ein Feststellungsinteresse wird bei derartigen Klagen in aller Regel gegeben sein, da ein Polizeieinzeß ausgesprochen diskriminierenden Charakter trägt¹⁾ und in besonders intensiver Weise in Rechten verletzt.

4. Zur Klagefrist

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob diese Feststellungsklage der Einhaltung einer K l a g e f r i s t bedarf. Eine analoge Anwendung des § 74 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO ist hier unbrauchbar, da Realakte weder mit Widerspruch noch mit Anfechtungsklage angreifbar sind. Zum andern werden diese tatsächlichen Verwaltungshandlungen dem Betroffenen nicht förmlich bekanntgegeben und mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen,²⁾ so daß weder ein exakter Zeitpunkt eine Frist in Gang setzen könnte noch Unanfechtbarkeit eintritt, nach der jede Klagemöglichkeit ausgeschlossen wäre.

Diese Klage wird daher im Interesse des Betroffenen wegen dieser rein tatsächlichen Schwierigkeiten ohne Einhaltung einer Klagefrist erhoben werden können.

E r g e b n i s :

1. Der in der VwGO verwandte Begriff des VA ist nicht immer mit dem des materiellen Verwaltungsrechts identisch.
2. Die nachträgliche Feststellungsklage eigener Art hat immer einen VA i.S. des materiellen Verwaltungsrechts zum Gegenstand.
3. Die ursprüngliche Feststellungsklage eigener Art kann auch eine "sonstige Amtshandlung" zum Gegenstand haben.

1) Vgl. BVerwG DVBl 67, 380.

2) Vgl. Schiedermaier, a.a.O.

5. Kapitel:

§ 113 Abs. 1 Satz 4 UND DIE ERLEDIGUNG EINES VERPFLICHTUNGS-, ALLGEMEINEN FESTSTELLUNGS- ODER ALLGEMEINEN LEISTUNGSBEGEHRENS

I. Verpflichtungsklage

1. Der Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage

§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist direkt nur anwendbar, wenn sich ein angefochtener VA während der Rechtshängigkeit erledigt.

Heute ist es jedoch ganz h.M.,¹⁾ daß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auch dann Anwendung finden kann, wenn der Kläger eine Verpflichtungsklage erhoben hat.

Verpflichtungsklage ist die Klage, mit der der Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen VA (§ 42 Abs. 1) begehrt wird. Die h.M.²⁾ steht auf dem Standpunkt, mit der Verpflichtungsklage könne nur der Erlaß eines VA im engeren Sinn begehrt werden, nicht also eine sonstige Amtshandlung.

Wir wollen jedoch, anknüpfend an unser auf S. 162 gewonnenes Ergebnis und ohne diese Problematik hier noch weiter zu vertiefen, entgegen der h.M. unter Verpflichtungsklage die Klage verstehen, mit der der Erlaß eines VA im weiteren Sinn, d.h. jedes hoheitliche Tätigwerden, begehrt wird. Lediglich Ansprüche auf Leistungen, die einem öffentlich-rechtlichen Gleichordnungsverhältnis entspringen, sind also im Wege der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen.

1) BVerwG MDR 70, 261; MDR 68, 347; DÖV 68, 209; DVBl 64, 278; NJW 63, 553; OVG Münster DVBl 61, 523; Klinger, § 113, C 8; Ule, § 113, II a E; Eyermann-Fröhler, § 113, 51 a; Schunck-de Clerck, § 113, 3 c; Redeker-v. Oertzen, § 113, 7; Menger, VerwArch Bd. 54, S. 288; Obermayer, Lehrbuch, S. 235; Schlochauer, AÖR Bd. 79, 202; a.A. Czermak, NJW 61, 2228 und 63, 1027.

2) Vgl. oben S. 161.

2. Die verschiedenen Formen der Verpflichtungsklage

Da Gegenstand der Verpflichtungsklage einerseits sowohl ein abgelehnter als auch ein unterlassener VA sein kann und andererseits die Verpflichtungsklage, selbst wenn ein Ablehnungsbescheid ergangen ist, unter den Voraussetzungen des § 75 Satz 1 1. Alt. ohne Durchführung eines Vorverfahrens erhoben werden kann, ist bei der Frage der entsprechenden Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auf Verpflichtungsklagen eine Differenzierung geboten. Wegen der jeweils auftretenden Besonderheiten wollen wir unter a) die Klage auf Erlaß eines abgelehnten VA nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren, unter b) die Klage auf Erlaß eines unterlassenen VA und unter c) die Klagemöglichkeiten bei Nichtbescheidung des Widerspruchs behandeln.

- a) Klage auf Erlaß eines abgelehnten VA nach
erfolglos durchgeführtem Vorverfahren
(Versagungsgegenklage)

Folgende Fallgestaltung wäre denkbar: Jemand beantragt eine Baugenehmigung; diese wird abgelehnt. Nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhebt der Betroffene Verpflichtungsklage. Während des Rechtsstreits erteilt die beklagte Verwaltungsbehörde die Genehmigung. - Kann der Kläger nun den Antrag stellen, die Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Ablehnungsbescheids festzustellen, m.a.W. ist § 113 Abs. 1 Satz 4 in diesem Fall entsprechend anwendbar?

- aa) Zum Erledigungsbegriff

Zunächst bedarf der für die Anfechtungsklage entwickelte Erledigungsbegriff einer Modifizierung. § 113 Abs. 1 Satz 4 spricht nur von der Erledigung des angefochtenen VA. Dar- aus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 bei der Versa- gungsgegenklage nur die Erledigung des ablehnenden VA er- fordert, dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden soll.

§ 113 Abs. 1 Satz 4 kann vielmehr nur dann entsprechend angewandt werden, wenn sich das gesamte Verpflichtungsbegehren erledigt. Im Gegensatz zur Anfechtungsklage bedeutet die Erledigung des ablehnenden VA nicht zugleich die Erledigung des Klagebegehrens, sondern beides kann auseinanderfallen. Bei lediglicher Zurücknahme des Ablehnungsbescheids erledigt sich zwar dieser, aber die Verpflichtungsklage nimmt ihren Fortgang, weil der Kläger das Klageziel damit noch nicht erreicht hat. - Für eine Feststellungsklage entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist dann kein Raum, es fehlt regelmäßig am berechtigten Interesse. Das ergehende Verpflichtungsurteil beinhaltet zwar dann nicht mehr implizite die Aufhebung des ablehnenden VA, aber auf jeden Fall die Feststellung, daß dieser rechtswidrig war. Ein stattgebendes Verpflichtungsurteil setzt die Rechtswidrigkeit des ablehnenden VA voraus.

Bei der Versagungsgegenklage ist daher die Formel des § 113 Abs. 1 Satz 4: "Hat sich der VA vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt ..." zu ersetzen durch: "Hat sich das Verpflichtungsbegehren durch Erlaß des beantragten VA oder anders erledigt ...".

Bei der Verpflichtungsklage ist die Erledigung durch ein Tätigwerden der Behörde wohl der Regelfall, doch kann diese auch auf andere Weise eintreten (etwa Tod des Klägers bei höchstpersönlichen Ansprüchen; Änderung der Sachlage; Zeitablauf).

Eine Besonderheit ergibt sich dann, wenn der Kläger eine Dauerleistung rückwirkend beantragt (z.B. Sozialhilfe) und diese dem Kläger dann lediglich ex nunc gewährt wird. Hier hätte sich der Verpflichtungsanspruch nur teilweise erledigt. Der Antrag entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 wäre infolge Fehlens des berechtigten Interesses unzulässig, da die Verpflichtungsklage bezüglich des nicht erledigten Begehrens ihren Fortgang nimmt und insofern auch noch über die Rechtswidrigkeit des ablehnenden VA mitentschieden wird. Der Wille des Gesetzgebers, daß § 113 Abs. 1 Satz 4 nur bei völliger Erledigung anwendbar sein soll (vgl. S. 84 ff.), ist auch bei der entsprechenden Anwendung auf Verpflichtungsklagen zu berücksichtigen.

bb) Die Gründe für eine entsprechende Anwendung
des § 113 Abs. 1 Satz 4

Hat sich das Verpflichtungsbegehren erledigt, ist nicht zu verkennen, daß eine Lücke im Gesetz gegeben ist,¹⁾ da der Kläger das gleiche berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung eines beantragten VA haben kann wie an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten angefochtenen VA. Von der Interessenlage her ist kein wesentlicher Unterschied zu machen. Das sogenannte Rechtsschutzgewährungsbedürfnis ist in beiden Fällen das gleiche. Damit ist die wichtigste Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 gegeben.

Für eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 spricht aber darüber hinaus, daß die Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage und die Anfechtungsklage sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht vergleichbar sind. Das haben das BVerwG²⁾ und auch MÜLLER³⁾ näher ausgeführt. In den wesentlichen Punkten kann dieser Auffassung gefolgt werden.

Das BVerwG legt das Schwergewicht darauf, daß die Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, soweit der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf den Erlaß des beantragten VA hat, letztlich verfahrensrechtlicher Natur seien, die eine Andersbehandlung nicht gestatteten.⁴⁾

In beiden Fällen handele es sich um die Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch eine Behörde, also um einen VA, der den Antragsteller in seinen Rechten verletze.⁵⁾ - Für die verfahrensrechtliche Trennung

1) BVerwG MDR 68, 347; NJW 63, 553; Menger, VerwArch Bd. 54, 288.

2) BVerwG NJW 63, 553.

3) DÖV 65, 38 ff.

4) Bestätigt durch BVerwG DÖV 68, 209.

5) Ganz ähnlich Menger, a.a.O., wenn er sagt, die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage seien nur gegenständlich verschieden, beide Klagen verfolgten aber das Ziel, die Beeinträchtigung der Rechte des Bürgers zu beseitigen.

beider Klagearten seien lediglich Gründe der Prozeßwirtschaftlichkeit maßgebend gewesen. Daraus rechtfertige sich jedoch nicht, den Verpflichtungskläger im Hinblick auf seine prozessuale Stellung bei einer Erledigung des mit der Klage verfolgten Verpflichtungsanspruchs schlechter zu stellen als den Anfechtungskläger nach der Erledigung des VA.

MÜLLER sieht die verschiedenartige prozessuale Behandlung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in den verschiedenen Verwaltungsformen, nämlich Eingriffs- und Leistungsverwaltung begründet, hält aber dann eine reinliche Trennung zwischen den entsprechenden Klagearten nicht mehr für gerechtfertigt, wenn es sich um Formen der sogenannten "Mischverwaltung" handle. Das sei aber insbesondere der Fall bei Ablehnung einer Rechtsanspruchleistung. Hier ergehe auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung ein Eingriffsakt. Aus diesem Grunde habe der Betroffene auch die Möglichkeit, Anfechtungsklage gegen den Negativbescheid und Verpflichtungsklage auf Erlaß des Positivbescheids nebeneinander zu erheben.¹⁾ Mache der Betroffene von dieser Möglichkeit Gebrauch, so könne er grundsätzlich, wenn sich der angefochtene Negativbescheid durch einen späteren Positivbescheid erledige, den Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 stellen, die Rechtswidrigkeit des erledigten Ablehnungsbescheids festzustellen.²⁾

1) So inzidenter BVerwG DVBl 62, 138; NJW 59, 118; 55, 434; a.A. Redeker-v. Oertzen, § 42, 7; Ule, § 42, I 1.

2) Wird der angefochtene Negativbescheid zurückgenommen, ohne daß auch der Positivbescheid ergeht, so wird, obwohl der Fall des § 113 Abs. 1 Satz 4 gegeben ist, der Feststellungsantrag allerdings wegen fehlenden berechtigten Interesses an dieser Feststellung als unzulässig abzuweisen sein. Das VG muß dann noch über die Versagungsgegenklage (BVerwG DVBl 60, 140; besser wäre es, in diesem Fall den neutraleren Begriff Vornahmeklage zu verwenden) und damit auch über die Rechtswidrigkeit des erledigten Ablehnungsbescheids entscheiden (vgl. Müller-Tochtermann, VerwArch Bd. 53, 70).

Es ist MÜLLER darin Recht zu geben, daß der Betroffene diese Rechtsschutzmöglichkeit nicht dadurch einbüßen dürfe, daß er sich auf die Verpflichtungsklage beschränkt.¹⁾ Der Verpflichtungsklage kommt insoweit Doppelcharakter bei, als sie im Falle der Begründetheit auch zur Aufhebung des ablehnenden Bescheids führt und damit auch die Funktionen der Anfechtungsklage wahrnimmt.²⁾ Die Verpflichtungsklage steht also jedenfalls in den Auswirkungen der Anfechtungsklage gleich, geht über sie hinaus und umfaßt sie mit.³⁾ Diese enge Verwandtschaft zwischen Versagungsgegen- und Anfechtungsklage macht eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 notwendig, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 Abs. 4 GG.⁴⁾

Nicht gefolgt wird somit der Ansicht CZERMAKS,⁵⁾ der von einer "vollständigen Trennung"⁶⁾ von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in der VwGO ausgeht und eine entsprechende

1) So aber anscheinend Müller-Tochtermann, a.a.O., der die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 auch dann für anwendbar hält, "wenn mit der Anfechtungsklage eine Verpflichtungsklage verbunden ist". Damit hat er allerdings das eigentliche Problem, nämlich Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Rahmen einer Verpflichtungsklage nicht aufgegriffen.

2) Eyermann-Fröhler, § 42, 10.

3) Müller, a.a.O.

4) Die Kritik Müllers, a.a.O., Anm. 7 an BVerwG NJW 63, 1027, die Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Rahmen einer Verpflichtungsklage lasse sich nicht damit begründen, der Rechtsschutz des Verpflichtungsklägers dürfe dem des Anfechtungsklägers nicht nachstehen, da so schließlich jede unterschiedliche Regelung der Klagearten unzulässig wäre, scheint mir verfehlt. Wenn Müller schon herausstellt, daß die Anfechtungsklage der Verpflichtungsklage jedenfalls in den Auswirkungen gleichsteht und auch rechtlich erhebliche Gemeinsamkeiten bestehen, dann müssen auch die Rechtsschutzmöglichkeiten sich entsprechen. Die Kritik Müllers hätte also nur dort Sinn, wo die wesensmäßigen Unterschiede der Klagearten auch eine unterschiedliche Regelung bedingen.

5) NJW 61, 2228, Anm. zum Urteil des BVerwG vom 15.8.1961 (NJW 61, 1942); NJW 63, 1027, Anm. zum Urteil des BVerwG vom 6.9.1962 (NJW 63, 553).

6) NJW 61, 2228.

Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 daher für unzulässig hält. CZERMAK sieht darin eine der praktisch bedeutsamsten Ausnahmen von der bis zum Inkrafttreten der VwGO bestehenden Rechtslage.¹⁾ Die Trennung beider Klagearten sei, abgesehen davon, daß der Klagegegenstand verschieden ist, darüber hinaus den §§ 80, 113 Abs. 1 und 4 VwGO zu entnehmen.

Diese "vollständige Trennung" beider Klagearten wird aber bereits dann fragwürdig, wenn der Betroffene bei einem negativen Leistungsbescheid auf die Verpflichtungsklage beschränkt sein soll, da das voraussetzt, daß die Verpflichtungsklage zumindest in der Auswirkung die Anfechtungsklage einschließt.²⁾ Im übrigen ist der Hinweis auf die unterschiedliche Regelung in den §§ 80, 123 VwGO allein nicht überzeugend. Zum einen ist die unterschiedliche Regelung in den §§ 80 und 123 eher Ausfluß einer tatsächlichen, als einer rechtlichen Verschiedenheit, zum anderen enthält die VwGO auch Vorschriften, die für beide Klagearten gelten (§§ 42, 68 ff. VwGO).

CZERMAK geht sogar noch weiter und meint, eine Lücke im Gesetz bestehe überhaupt nicht und damit auch kein Bedürfnis zu analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4, da in allen Fällen der Erledigung von Leistungsansprüchen die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft sei.³⁾ Der Kläger habe ja die Möglichkeit, nach Erledigung die Feststellung zu beantragen, daß der Verpflichtungsanspruch im Zeitpunkt der Erledigung bestand. Dieser Anspruch stelle unzweifelhaft ein Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung dar; im übrigen handele es sich im Hinblick auf § 268 Satz 3 ZPO nicht einmal um eine einwilligungsbedürftige oder zulassungsbedürftige Klageänderung.

1) Vgl. § 35 VGG und §§ 23, 24 MRVO, die nicht bzw. nicht klar zwischen beiden Klagearten unterscheiden.

2) Vgl. Müller, a.a.O., Anm. 17.

3) NJW 63, 1027.

Es ist m.E. jedoch unverkennbar, daß diese Rechtsschutzmöglichkeit hinter der, die eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 gewähren würde, zurückbleibt bzw. ein aliud darstellt. Der Kläger kann dann eben gerade nicht eine rechtskraftfähige Rechtswidrigkeitserklärung des ablehnenden VA verlangen, worauf es ihm aber u.U. ankommt. Mit dem Hinweis auf die allgemeine Feststellungsklage sind die Rechtsschutzgewährungsmöglichkeiten also durchaus nicht ausgeschöpft, so daß eine Lücke bleibt, die geschlossen werden muß. Das gebietet der Grundsatz des umfassenden Rechtsschutzes, der in Art. 19 Abs. 4 GG und § 40 VwGO zum Ausdruck gekommen ist.

Mit diesem Argument hat auch das BVerwG in seiner Entscheidung vom 23.6.1967¹⁾ die Ansicht CZERMAKs neuerdings ausdrücklich abgelehnt. Nicht zuletzt können sich für den Kläger, der auf den Übergang zur allgemeinen Feststellungsklage angewiesen ist, nachteilige Kostenfolgen daraus ergeben, daß sein neuer Klageantrag als Erledigterklärung oder als Teilrücknahme zu werten ist.

cc) Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4
im Bereich der Ermessensverwaltung

Eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 kommt ebenso dann in Betracht, wenn der Kläger keinen Rechtsanspruch auf den Erlaß des abgelehnten VA hat, sondern eine **E r m e s s e n s l e i s t u n g** begehrt wird. Auch im Bereich der Ermessensausübung müssen rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen gegeben sein, die gerichtlich überprüfbar sind.²⁾ Der Antrag entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 ist allerdings nur dann zulässig, wenn der Kläger die Rechtswidrigkeit des ablehnenden Bescheids geltend macht, sei es, weil dieser ermessensmißbräuchlich oder sonst ermessensfehlerhaft war oder daß in Wahrheit eine Rechts-

1) MDR 68, 347.

2) BVerwG NJW 61, 1942.

anspruchsleistung gegeben sei.¹⁾ In diesem Fall kann der Kläger Antrag stellen, die Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids festzustellen.

dd) Verhältnis zwischen den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 und 113 Abs. 4

Die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 berechtigt den Verpflichtungskläger, die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids zu beantragen. Zweifelhafte bleibt, ob das VG bei Spruchreife auch aussprechen muß, daß die Verwaltungsbehörde verpflichtet gewesen wäre, den beantragten VA zu erlassen.

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt. EYERMANN-FRÖHLER²⁾ befürworten diese Verpflichtung des VG jedoch damit, daß § 113 Abs. 4 gegenüber § 113 Abs. 1 Satz 4 eine Sonderregelung darstelle, die auf sämtliche Fälle, in denen sachlich entschieden wird, angewendet werden wolle.³⁾

Für diese Auffassung spricht neben dem engen Zusammenhang zwischen Abs. 1 Satz 4 und Abs. 4⁴⁾ auch, daß die VwGO umfassenden Rechtsschutz gewähren will. Es kann u.U. ein erhebliches Interesse an dieser weitergehenden Feststellung bestehen, da die Feststellung der Rechtswidrigkeit des ablehnenden VA noch nichts darüber aussagt, ob die Behörde zur Vornahme des beantragten VA verpflichtet gewesen wäre.⁵⁾

1) Müller, a.a.O., S. 41.

2) § 113, 66.

3) Ebenso im Ergebnis BVerwG MDR 68, 347; DÖV 68, 20; DVBl 64, 278; VGH München zur entsprechenden Rechtslage im VGG; Eyermann-Fröhler führen fälschlicherweise auch Müller, a.a.O., an, der jedoch darüber nichts aussagt.

4) VGH München, a.a.O., allerdings zu § 79 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 VGG.

5) Der ablehnende VA muß nicht nur deshalb rechtswidrig sein, weil der beantragte hätte erlassen werden müssen.

Nicht richtig ist es jedoch, den Antrag des Klägers ganz außer Acht zu lassen. Beantragt der Kläger nach Erledigung ausdrücklich nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit des ablehnenden VA, so kann das VG nicht von sich aus noch aussprechen, daß die Verwaltungsbehörde zum Erlaß des beantragten VA verpflichtet gewesen wäre. Das verbietet bereits der Grundsatz des § 88 VwGO, daß das Gericht nicht über das Klagebegehren hinausgehen darf. Der Kläger muß also, will er auch über die ehemalige Verpflichtung der Behörde, den beantragten VA zu erlassen, eine rechtskraftfähige Entscheidung erreichen, einen entsprechenden Antrag stellen.

Die Feststellung nach § 113 Abs. 4 darf jedoch nur dann erfolgen, wenn die Sache spruchreif war.

b) Klage auf Erlaß eines unterlassenen VA
(§ 75 Satz 1 2. Alt.)

aa) Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage

Wird die Verwaltung auf einen Vornahmeantrag hin überhaupt nicht tätig, ergeht also weder ein ablehnender noch ein stattgebender VA, hat der Betroffene nach Ablauf von drei Monaten seit Antragstellung die Möglichkeit, Verpflichtungsklage ohne Vorverfahren zu erheben. Es handelt sich hier um eine Verpflichtungsklage in Form der sogenannten Untätigkeitsklage gem. § 75 Satz 1 2. Alt.

Die Bezeichnung dieser Klage als Untätigkeitsklage soll nicht zum Ausdruck bringen, daß es sich hier um eine Klage sui generis handelt.¹⁾ Die in § 75 geregelte Untätigkeitsklage ist vielmehr entweder Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, wobei lediglich die Besonderheit besteht, daß die Durchführung eines Vorverfahrens nicht erforderlich ist. § 75 regelt also keine besondere Klageart, sondern nur

1) Löwer, MDR 63, 178; VGH Mannheim, NJW 70, 1143.

die Zulässigkeitsvoraussetzungen für beide Klagearten.¹⁾ Anfechtungsklage ist dann zu erheben, wenn der Widerspruch gegen den Erlaß eines VA nicht beschieden wurde (§ 75 S. 1 1. Alt.); Verpflichtungsklage ist zu erheben, wenn ein Widerspruch gegen die Ablehnung eines Vornahmeantrags oder bereits der Vornahmeantrag selbst nicht beschieden wurde.²⁾

bb) Die Gründe für eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4

Die letztgenannte Variante soll uns hier interessieren. Der Kläger kann mit der Verpflichtungsklage bei dieser Fallgestaltung zwei verschiedenartige Klagebegehren geltend machen: In Fällen der Ermessensverwaltung kann der Kläger ein Tätigwerden der Behörde in Form eines VA schlechthin, also eine schlichte Bescheidung seines Antrags, verlangen, ohne daß es darauf ankäme, ob dem Antrag stattgegeben wird oder nicht (Bescheidungsklage).³⁾

Bei Rechtsanspruchsleistungen kann der Kläger einen bestimmten VA, nämlich den beantragten, begehren (Vornahmeklage).

1) Bettermann, NJW 60, 1088.

2) Bettermann, a.a.O., wendet sich gegen den Begriff der Untätigkeitsklage. Er ist der Meinung, dieser Begriff decke keineswegs den Gesamtbereich der §§ 75, 76; von Untätigkeitsklage könne man vielmehr nur dann sprechen, wenn die Behörde einen Vornahmeantrag nicht beschieden habe, das sei aber nur einer der in §§ 75, 76 geregelten Tatbestände. Im Falle der Nichtbescheidung eines Widerspruchs sei dieser Begriff jedoch verfehlt. Ähnlich Eyermann-Fröhler (§§ 42, 9 und 75, 1), wenn sie nur die sog. Bescheidungsklage als echte Untätigkeitsklage bezeichnen. Diese kritische Betrachtung hat einiges für sich, doch besteht ein praktisches Bedürfnis für eine zusammenfassende Bezeichnung der Klage nach § 75, wie die häufige Verwendung dieses Begriffs in der Literatur zeigt (vgl. Löwer, a.a.O., Anm. 8). Wir wollen daher diesen Begriff trotz aller Bedenken beibehalten.

3) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 42, 9; BayVGh BayVBl 68, 251; Bettermann, a.a.O.: a.A. OVG Koblenz, Beschl. vom 14.9.1967 in NJW 67, 2329, das hier keine Verpflichtungsklage, sondern reine Leistungsklage annehmen will, da mit der Verpflichtungsklage nicht die Verurteilung zu einem inhaltsunbestimmten Tätigwerden begehrt werden könne. (Vgl. auch VGh Mannheim NJW 70, 1143, der davon ausgeht, daß § 75 VwGO keine besondere Klageart auf Erlaß eines VA schlechthin normiere. Sollte es eine derartige Klage dennoch geben, so fehlt es nach Auffassung des VGh jedenfalls regelmäßig am Rechtsschutzinteresse). Diese

Kann der Kläger nun, falls sich das Verpflichtungsbegehren etwa durch Erlaß des beantragten VA während der Rechtshängigkeit erledigt, in Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 4 die Feststellung beantragen, daß die Unterlassung des VA rechtswidrig war?

Schwierigkeiten ergeben sich hier daraus, daß ein VA, dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden könnte, nicht ergangen ist. Die (möglicherweise unbeabsichtigte) Unterlassung eines VA ist nicht ihrerseits ein selbständig angreifbarer VA. Eine Analogie des § 113 Abs. 1 Satz 4 läßt sich also nicht wie bei der Versagungsgegenklage mit einer Rechtsähnlichkeit zur Anfechtungsklage rechtfertigen.

Dennoch wird eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 auch in diesen Fällen ganz überwiegend befürwortet.¹⁾ Dieser Auffassung muß auch hier gefolgt werden, da die Interessenlage bei Erledigung der Versagungsgegenklage die gleiche ist wie bei Erledigung der Untätigkeitsklage.²⁾ Es ist nicht einzusehen, warum an der Feststellung der Unterlassung eines beantragten VA nicht das gleiche berechnigte Interesse wie an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines ablehnenden VA bestehen sollte.

(Fortsetzung)

...Meinung führt zu der fragwürdigen Konsequenz, daß der Betroffene im Bereich der Ermessensverwaltung entweder keine oder nur eine teilweise unbegründete Verpflichtungsklage erheben kann; vgl. auch VG Saarlouis NJW 68, 1395.

1) Eyermann-Fröhler, § 75, 11; Redeker-v. Oertzen, § 113, 17; Schunck-de Clerck, § 113, 3 c; Ule, § 113, II a.E.; Müller, a.a.O.; Bergmann, Diss., S. 245; Bettermann, NJW 60, 1087; a.A. Czermak, NJW 63, 1027; Koehler, § 113, D II 5; BVerwG Urteil vom 23.11.1969 = NJW 68, 1442.

2) Müller, a.a.O.; Redeker-v. Oertzen, a.a.O.; Bergmann, a.a.O.

Vollends nicht einzusehen ist die Meinung CZERMAKS,¹⁾ daß ein auf die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 gestützter Feststellungsantrag notwendig "ins Leere" treffen müsse. Die Rechtswidrigerklärung der Unterlassung eines VA ist rein logisch ebenso denkbar wie die eines Negativbescheids. CZERMAK stützt sich auch hier wieder auf die "vollständige Trennung" der Klagearten. Diese ist aber bei der Untätigkeitsklage ebensowenig zutreffend wie bei der Versagungsgegenklage.

Es ist MÜLLER²⁾ darin zuzustimmen, daß systematisch-dogmatische Unterschiede zur Anfechtungsklage, die eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 zwingend verbieten würden, nicht bestehen. Die verschiedene Behandlung der Klagearten ist vielmehr die Folge von tatsächlichen Verschiedenheiten, sie soll jedoch nicht eine abschließende Enumeration der verschiedenen Klagearten manifestieren. Nur so läßt sich auch der volle Rechtsschutz aus der Generalklausel des § 40 VwGO erreichen.³⁾ MÜLLER zieht daraus die m.E. richtige Konsequenz, daß dort, wo eine Enumeration nicht abschließend sei, auch die "Grenzen zwischen den Enumeraten nicht bis zum letzten fix" sein könne.

Im übrigen ist dem in der VwGO geltenden Grundsatz des umfassenden Rechtsschutzes zu entnehmen, daß bei Vorliegen eines berechtigten Interesses das rechtswidrige Unterlassen einer Behörde ebenso einer gerichtlichen Kontrolle unterwerfbar sein muß wie ein rechtswidriges Handeln. Ein Unterlassen kann in gleicher Weise wie ein Handeln in Rechten verletzen. Es wäre widersinnig, dürfte die Verwaltung "ungestraft" rechtswidrig unterlassen, nicht aber rechtswidrig tätig werden.⁴⁾

1) a.a.O.

2) a.a.O.

3) Eyermann-Fröhler, § 42, 1.

4) Ähnlich BVerwG DÖV 68, 210.

Auch aus dem Gebot des § 75 Satz 4 VwGO läßt sich nicht ableiten, daß bei objektiver Erledigung des Klagebegehrens nur die Erledigungserklärung zulässig wäre.¹⁾ § 75 Satz 4 ist nicht *lex specialis* gegenüber § 113 Abs. 1 Satz 4, sondern umgekehrt ist § 113 Abs. 1 Satz 4 *lex specialis* gegenüber § 75 Satz 4, da es keinen Unterschied machen darf, ob die Vornahme des VA mit oder ohne Aussetzung des Verfahrens erfolgt ist.²⁾

Die Voraussetzungen für den Feststellungsantrag in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 können also auch bei der Klage auf Erlaß eines unterlassenen VA gegeben sein.

cc) Zu den Feststellungsanträgen im einzelnen

Offen geblieben ist bisher noch, was für eine Feststellung der Kläger im einzelnen beantragen kann:

Hat sich die Vornahmeklage durch Erlaß des beantragten VA (oder anders) erledigt, so kann der Kläger die Feststellung beantragen, daß die Unterlassung des VA rechtswidrig war. Bei Spruchreife kann das Gericht, falls der Kläger einen entsprechenden Antrag gestellt hat, auch aussprechen, daß die Behörde verpflichtet war, den beantragten VA zu erlassen. § 113 Abs. 4 ist auch im Rahmen einer Untätigkeitsklage anwendbar.³⁾

Die Bescheidungsklage erledigt sich sowohl dann, wenn ein Positiv- als auch dann, wenn ein Negativbescheid ergeht. In beiden Fällen kann der Kläger die Feststellung beantragen, daß die Unterlassung des Bescheids rechtswidrig war.

Das berechnigte Interesse an dieser Feststellung kann auch bei Erledigung durch Erlaß eines Ablehnungsbescheids gegeben sein. Der Kläger kann zwar nun zur Versagungsgegenklage

1) Eyermann-Fröhler, § 75, 10 und 11; Redeker-v. Oertzen, a.a.O.

2) Bettermann, a.a.O., S. 1087.

3) Eyermann-Fröhler, § 113, 67.

übergehen,¹⁾ doch kann im Rahmen dieser Klage die Rechtswidrigkeit der Nichtbescheidung nicht mehr überprüft werden. Selbst wenn sich die neue Klage durch Erlaß eines Positivbescheids wieder erledigen sollte, kann der Kläger nur den Antrag stellen, die Rechtswidrigkeit des ergangenen Negativbescheids festzustellen.

Der Antrag festzustellen, daß die beklagte Behörde verpflichtet war, einen bestimmten VA zu erlassen, ist unzulässig. Dieser Antrag hält sich nicht mehr in den Grenzen des erledigten Klagebegehrens, das nicht auf den Erlass eines bestimmten VA gerichtet war. Im übrigen könnte das Gericht im Bereich der Ermessensverwaltung eine solche Feststellung gar nicht treffen, da es sein Ermessen nicht an die Stelle des Verwaltungsermessens stellen darf.

c) Klage bei Nichtbescheidung eines Widerspruchs

aa) Klage auf Vornahme eines abgelehnten VA (§ 75 Satz 1 2. Alt.)

Bei dieser Verpflichtungsklage (Untätigkeitsklage nach § 75 Satz 1 1. Alt.) ist also ein ablehnender Bescheid ergangen, doch erläßt die Widerspruchsbehörde keinen Widerspruchsbescheid.²⁾

1) Bettermann, a.a.O., S. 1087, ist der Ansicht, auch die Bescheidungsklage erledige sich nur dann, wenn ein Positivbescheid ergeht. Werde der Antrag hingegen negativ beschieden, so sei im Rahmen der anhängigen Klage die Rechtmäßigkeit dieses Ablehnungsbescheids zu prüfen und die Klage richte sich auf dessen Aufhebung sowie auf Neubescheidung.

2) Obwohl diese Klage ausgelöst wird durch die Nichtbescheidung des Widerspruchs, ist nicht die Widerspruchs-, sondern die Ausgangsbehörde passivlegitimiert, da diese Klage sich sachlich gegen den mit dem Widerspruch angegriffenen Ablehnungsbescheid richtet; vgl. Löwer, a.a.O.

Erledigt sich diese Verpflichtungsklage etwa durch Erlaß des beantragten VA, kann der Kläger neben der Feststellung, daß der ablehnende Bescheid rechtswidrig war, die weitere Feststellung beantragen, daß die Unterlassung des Widerspruchsbescheids rechtswidrig war, vorausgesetzt, er hat daran ein berechtigtes Interesse.

Hier findet § 113 Abs. 1 Satz 4 also in doppelter Weise Anwendung, da sowohl ein bereits ergangener als auch ein unterlassener VA Feststellungsgegenstand ist.

Bei Spruchreife kann der Kläger sogar noch die zusätzliche Feststellung beantragen, daß die Behörde verpflichtet war, den VA zu erlassen (§ 113 Abs. 4).

bb) Klage auf Widerspruchsbescheidung

Ob der Kläger, statt auf Aufhebung des mit dem Widerspruch angefochtenen VA oder auf Vornahme des abgelehnten VA sein Klagebegehren darauf richten kann, seinen Widerspruch zu bescheiden, ist umstritten.¹⁾ Es handelt sich hier um eine Verpflichtungsklage²⁾ in Form der Bescheidungsklage, selbst dann, wenn der Widerspruch gegen einen anfechtbaren VA erhoben wurde.

Eine solche Klage wird in allen den Fällen für zulässig zu erachten sein, in denen der Kläger entweder eine Reformation des angefochtenen VA oder die Aufhebung oder Änderung

1) Gegen eine solche Klage BVerwG VRspr. 15, S. 307; Koehler, §§ 75, 76 Vbm. II; dafür sprechen sich aus Bettermann, NJW 60, 1088; Redeker-v. Oertzen, § 75, 2; Müller-Tochtermann, VerwArch Bd. 53, 70.

2) Passivlegitimiert für diese Klage ist wegen ihres Zieles die Widerspruchsbehörde, was dafür spricht, daß es sich hier um eine besondere Klageart handelt; vgl. Löwer, a.a.O., doch sollten auf diese Klage §§ 75, 76 zumindest analog angewandt werden; vgl. Bettermann, a.a.O., S. 1098.

des angefochtenen VA aus Ermessensgründen begehrt, wenn der Kläger also durch eine Verurteilung der Widerspruchsbehörde eine erneute Überprüfung der Zweckmäßigkeit des VA erreichen will.

Erledigt sich diese Widerspruchsbeschidsklage, ergibt sich ebenfalls die Besonderheit, daß einerseits eine Untätigkeitsklage vorliegt, insoweit nämlich, als die Bescheidung des Widerspruchs unterlassen wurde, andererseits aber bereits ein belastender VA ergangen ist. Bei Erledigung durch Stattgeben erledigt sich neben dem unmittelbaren Bescheidungsbegehren auch der bereits ergangene belastende VA. - Kann der Kläger nun neben der Feststellung, daß die Nichtbescheidung des Widerspruchs rechtswidrig war, auch beantragen, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen?

Diese Möglichkeit muß dem Kläger zugestanden werden, da er sonst eine rechtskraftfähige Entscheidung über den rechtswidrigen VA nicht mehr erreichen könnte, wobei allerdings nicht zu verkennen ist, daß sich das Feststellungsbegehren nicht mehr in den Grenzen des Verpflichtungsantrags hält, der lediglich die Bescheidung des Widerspruchs zum Gegenstand hatte. Der immer wieder heranzuziehende Grundsatz des umfassenden Rechtsschutzes gebietet jedoch diese ausweitende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4.

Bei Erledigung durch Zurückweisung des Widerspruchs kann der Kläger zur Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage übergehen. Ein Bedürfnis für die Rechtswidrigerklärung des Negativbescheids wird dann entfallen, da dieser fortbesteht und über ihn entschieden werden kann. Insoweit fehlt es sogar am Erfordernis der Erledigung. Fraglich bleibt, ob der Kläger wenigstens die rechtswidrige Unterlassung des Widerspruchsbescheids noch irgendwie zum Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens machen kann. Über diese Frage wird nämlich im Rahmen der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage nicht mitentschieden, so daß u.U. eine gewisse Rechtsschutzlücke verbleibt. Konsequenterweise wird man daher sagen müssen, daß der Kläger im Anschluß an die erledigte Bescheidungsklage sowohl zur Anfechtungs- bzw.

Verpflichtungsklage übergehen kann als auch in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 die Feststellung beantragen kann, daß die Nichtbescheidung des Widerspruchs rechtswidrig war. Ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung wird der Kläger jedoch wohl in den seltensten Fällen nachweisen können.

3. Erledigung vor Rechtshängigkeit

§ 113 Abs. 1 Satz 4 ist auch dann entsprechend anwendbar, wenn sich das Verpflichtungsbegehren bereits vor Klageerhebung erledigt hat.¹⁾ Das BVerwG²⁾ hat sich in seinem Urteil vom 6.9.1962 noch auf die Erledigung während des Rechtsstreits beschränkt, doch lassen sich die Gründe, die für eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 bei Erledigung eines anfechtbaren VA vor Rechtshängigkeit sprechen, ebenso für die Verpflichtungsklage übernehmen. Dafür hat sich das BVerwG in seinem Urteil vom 23.6.1967 nunmehr eindeutig ausgesprochen.³⁾ Das gilt ebenso für die Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO. Der Betroffene kann also bei Erledigung des Verpflichtungsbegehrens vor Rechtshängigkeit unmittelbar Feststellungsklage erheben.

E r g e b n i s :

1. § 113 Abs. 1 Satz 4 ist auch dann anwendbar, wenn sich ein Verpflichtungsbegehren erledigt.
2. Das gilt sowohl dann, wenn ein beantragter VA abgelehnt als auch dann, wenn die Behörde untätig bleibt.
3. § 113 Abs. 1 Satz 4 ist auch dann anwendbar, wenn sich das Verpflichtungsbegehren vor Rechtshängigkeit erledigt.

1) OVG Münster, Urteil vom 18.1.1961 = DVBl 61, 523; Ule, § 113, II a.E.; Schunck-de Clerck, § 113, 3 c; Menger, VerwArch Bd. 54, 228; Redeker-v. Oertzen, § 113, 17.

2) NJW 63, 553.

3) MDR 68, 347.

II. Allgemeine Feststellungsklage

MÜLLER¹⁾ befürwortet eine analoge Anwendung des § 113 Abs.1 Satz 4 auch für den Fall, daß sich eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO erledigt. Er geht von dem Fall aus, daß die beklagte Behörde während des Rechtsstreits das Klagebegehren des Klägers anerkennt. Damit habe sich der Rechtsstreit sachlich erledigt und es sei nun denkbar, daß der Kläger an der Feststellung interessiert ist, "daß dieses Anerkenntnis der Beklagten rechtswidrig zu spät erfolgt ist, sie m.a.W. aus ihrer Fürsorgepflicht verpflichtet war, das Anerkenntnis nach gründlicher Sachprüfung schon früher abzugeben".

Diese Meinung kann nicht kritiklos übernommen werden. Zunächst ist nicht einzusehen, warum sich mit dem Anerkenntnis durch die beklagte Behörde der Verwaltungsrechtsstreit sachlich erledigen solle. Dieses Anerkenntnis ist reine Prozeßhandlung²⁾ und hat die Konsequenz, daß die beklagte Behörde auf Antrag dem Anerkenntnis gem. zu verurteilen ist (§ 307 ZPO i.V.m. § 173 VwGO). Heute wird die Zulässigkeit von Anerkenntnisurteilen im Verwaltungsrechtsstreit weitgehend anerkannt,³⁾ da das Anerkenntnis nicht Ausfluß der Verhandlungsmaxime,⁴⁾ sondern vielmehr der auch im Verwaltungsprozeß geltenden Dispositionsmaxime ist.⁵⁾ Der Kläger wird also durch das Anerkenntnis nicht "formal klaglos"

1) a.a.O.

2) Rosenberg, § 131, I 6 b.

3) Vgl. Schunck-de Clerck, § 107, 2 ff.; Eyermann-Fröhler, § 86, 2; es darf allerdings nicht das öffentliche Interesse mit in Frage stehen.

4) § 86 Abs. 1 VwGO beinhaltet den Grundsatz der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß.

5) Ule, § 107, II 1.

gestellt, sondern der Kläger erreicht ganz im Gegenteil ein sachlich obsiegendes Urteil. Das Klagebegehren wird nicht gegenstandslos durch das Anerkenntnis, sondern in seiner Durchsetzbarkeit beschleunigt.

Von einer Erledigung des Rechtsstreits, die eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 rechtfertigen würde, kann daher keine Rede sein. Das gilt auch für das Verfahren nach SGG. Hier bestimmt zwar § 101 Abs. 2, daß das angenommene Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs insoweit den Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, doch hat diese Erledigung weder mit der Erledigung nach § 113 Abs. 1 Satz 4 noch nach § 161 Abs. 2 etwas zu tun, da diese Erledigung einen Vollstreckungstitel verleiht wie ein obsiegendes Urteil (§ 199 Abs. 1 Satz 2 SGG). Diese Regelung bewirkt lediglich, daß ein an und für sich mögliches Anerkenntnisurteil entbehrlich wird und damit die Gerichte entlastet werden.

Denkbar bleibt jedoch noch, daß sich die Feststellungsklage auf eine andere Art, etwa durch den Tod des Klägers bei höchstpersönlichen Rechtsbeziehungen, erledigt. Können dann die Erben in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 den Antrag stellen, daß die Behörde verpflichtet war, ein Anerkenntnis abzugeben?

Diese Fallgestaltung hat MÜLLER zwar nicht erwähnt, doch müßte er konsequenterweise diese Frage bejahen. Dem kann nicht zugestimmt werden:

Aus der Tatsache, daß dieses Feststellungsbegehren im Wege der allgemeinen Feststellungsklage geltend gemacht werden kann, ergibt sich bereits die Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis für die entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 bestehen kann. MÜLLER¹⁾ ist der Ansicht, man müsse dem Kläger auch hier die Möglichkeit geben, seinen neuen Feststellungsantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 im gleichen Verfahren verfolgen zu können, ohne auf die Einwilligung

1) Jedoch ausgehend von seiner Fallgestaltung.

der übrigen Beteiligten oder die Sachdienlicherklärung durch das Gericht angewiesen zu sein. Dieser Überlegung ließe sich die Frage entgegenhalten, ob es Zweck des § 113 Abs. 1 Satz 4 ist, die nachteiligen Folgen einer Klageänderung schlechthin zu vermeiden, ob also § 113 Abs. 1 Satz 4 als eine Art Umgehungsnorm für § 91 VwGO zu verstehen ist. Eine analoge Anwendung aus allein diesem Grund ist mithin zumindest fragwürdig.

Auch systematisch-dogmatisch ist eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 auf Feststellungsklagen nicht haltbar. Aus dem Sinn und der systematischen Stellung des § 113 Abs. 1 Satz 4 läßt sich unschwer entnehmen, daß diese Vorschrift den Rechtsschutz gegen das hoheitliche Tätigwerden der Verwaltung im Über-Unterordnungsverhältnis erweitern will. Nicht soll dagegen eine Prozeßhandlung zum Gegenstand dieser Klage gemacht werden können.

Ein weiteres Argument gegen die Theorie MÜLLERs ist, daß der Kläger keinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen den Beklagten auf die Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses hat. Diesen Rechtsanspruch kann die Feststellungsklage als ein Rechtsinstitut rein prozeßrechtlicher Natur nicht verleihen.¹⁾ Im Prozeß sind Kläger und beklagte Verwaltungsbehörde gleichwertige Partner. Die Beklagte kann nicht aus ihrer "Fürsorgepflicht" heraus verpflichtet sein, den Prozeß zu verlieren. Es ist allenfalls ein nobile officium der beklagten Behörde, gegebenenfalls ein Anerkenntnis abzugeben, doch ist dieses nobile officium nicht gerichtlich überprüfbar. Die Klage auf Feststellung einer derartigen Verpflichtung wäre also regelmäßig unbegründet.

Eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Rahmen einer Feststellungsklage ist aus diesen Gründen abzulehnen.

1) Eyermann-Fröhler, § 43, 1 mit Nachweisen.

III. Allgemeine Leistungsklage

Die allgemeine Leistungsklage dient der Durchsetzung von Ansprüchen, die einem öffentlich-rechtlichen Gleichordnungsverhältnis entspringen.¹⁾ Im Rahmen eines Gleichordnungsverhältnisses ist für eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4, der den Rechtsschutz gegen hoheitliches Tätigwerden der Verwaltung im Über-Unterordnungsverhältnis erweitern will,²⁾ kein Raum. Auch Art. 19 Abs. 4 GG zwingt nicht zu einer entsprechenden Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4.³⁾ Aus dem Begriff der "öffentlichen Gewalt" ist zu schließen, daß Art. 19 Abs. 4 GG nur dann Anwendung finden soll, wenn ein Über-Unterordnungsverhältnis vorliegt.⁴⁾ Der Kläger ist also bei Erledigung einer allgemeinen Leistungsklage auf den Anwendungsbereich der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO angewiesen. Lediglich zur Umgehung des § 91 VwGO kann § 113 Abs. 1 Satz 4 nicht herangezogen werden.

1) Nicht h.M., vgl. oben S.161f.; vgl. auch BayVGH BayVB1 61, 58 ff., der zwar die allgemeine Leistungsklage ebenfalls nur im Rahmen eines Gleichordnungsverhältnisses für zulässig hält, andererseits aber die Verpflichtungsklage nur gegen VAe im engeren Sinn zuläßt. Das ist abzulehnen, da so eine erhebliche Rechtsschutzlücke verbliebe; vgl. Hegel, JZ 63, 15.

2) Vgl. oben S. 165.

3) Schunck-de Clerck, § 113, 4 und Redeker-v. Oertzen, § 113, 17, befürworten allerdings auch eine entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 bei Erledigung einer allgemeinen Leistungsklage. Das ist insofern gerechtfertigt, als beide die allgemeine Leistungsklage auch im Über-Unterordnungsverhältnis für die richtige Klageart halten. In diesem Bereich greift das Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG durch.

4) Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 Anm. 22.

SCHLUSSWORT

Diese Arbeit hat, so hoffe ich, vor allem eines deutlich herausgestellt, nämlich daß die Erweiterung des Rechtsschutzes durch § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO vollkommen unzureichend ist. Ein lückenloser verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ist nicht gewährleistet, wenn lediglich die Erledigung eines bereits mit der Anfechtungsklage angefochtenen VA die Rechtsschutzmöglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 eröffnet.

Die durch Art. 19 Abs. 4 GG erzwungene Ausweitung des § 113 Abs. 1 Satz 4 im Wege der Analogie auf die in den Kapiteln 3, 4 und 5 erörterten Fälle kann nur als Übergangslösung hingenommen werden.

Die Aufgabe, diese Gesetzeslücken zu schließen und damit die VwGO dem im GG verankerten Grundsatz des umfassenden Rechtsschutzes anzupassen, obliegt dem Gesetzgeber. In diesem Zusammenhang werden eine grundsätzliche Neuformulierung der Voraussetzungen einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage und eine Überprüfung des in der VwGO zentralen VA-Begriffs unumgänglich sein.

LITERATURVERZEICHNIS

- Bachof Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1963
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 62, 701
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 21.10.1955, JZ 56, 342
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 5.8.1965, JZ 66, 140
- Baumbach-Lauterbach Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München und Berlin 1966
- Bergmann Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. München 1957
- Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, VerwArch Bd. 49, S. 333 ff.
- Anmerkungen zu den Urteilen des BVerwG vom 8.11.1957 und 20.5.1958, NJW 59, 500
- Bettermann Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVB1 59, 308
- Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 60, 1081
- Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 60, 649
- Brandl Streiterledigung ohne Urteil in der Hauptsache, BayVB1 67, 82

- Brauchitsch, v. Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu hrsg. von C.H. Ule, Bd. I, 2. Halbbd.: Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln - Berlin - München - Bonn 1962
- Brauer Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der Britischen Zone, MDR 51, 457
- Bunte Die Parteistreitigkeiten im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Göttingen 1952
- de Clerck Zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 59, 968
- Czermak Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 15.8.1961, NJW 61, 2228
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 6.9.1962, NJW 63, 553
- Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nach der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage, NJW 64, 1622
- Dapprich Die prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens, DVBl 60, 194
- Donau Die nicht-erledigte Hauptsache, JR 56, 169
- Engelhardt Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, JZ 61, 588
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1965
- Fenge Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss. Göttingen 1953
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966
- Fröhler Erledigung der Hauptsache im Anfechtungsprozeß, DV 49, 397
- Geiger Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeieinzelakte, Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964, S. 61 ff.

- Gelder, v. Feststellungsklage eigener Art im
Verwaltungsprozeß, JuS 65, 89
- Gerl Die Rechtsfolge des § 86 SGG, in:
Die Sozialgerichtsbarkeit 1955, 259
- Goerlitz Die Erledigung des Verwaltungsrechts-
streits in der Hauptsache, Diss.
Frankfurt 1965
- Groschupf Neue Verwaltungsakte während des Ver-
waltungsprozesses, DVBl 61, 840
- Habscheid Zur Erledigung des Rechtsmittels,
NJW 60, 2132
- Der gegenwärtige Stand der Lehre von
der Erledigung des Rechtsstreits in
der Hauptsache, JZ 63, 624
- Haueisen Die Feststellungsklage im Verwal-
tungsprozeß, NJW 52, 913
- Verwaltungsakte mit Dauerwirkung,
NJW 58, 1065
- Erst- und Zweitbescheide im Verwal-
tungsrecht, NJW 59, 2137
- Die Voraussetzungen der Rechtswidrig-
keit eines Verwaltungsakts, NJW 60,
1881
- Hegel Kann mit der Verpflichtungsklage
auch die Verurteilung zur Vornahme
einer sogenannten Amtshandlung be-
gehrt werden?, JZ 63, 15
- Hodes Die Erledigung der Hauptsache und
ihre Rechtswirkungen, ZZP Bd. 66, 386
- Jarosch Wie wirkt sich der Tod des Klägers
auf den Verwaltungsprozeß aus?,
DÖV 63, 133
- Kleefisch Verwaltungsgerichtsordnung und beam-
tenrechtliche Klagen, BayBZ 60, 50
- Klinger Kommentar zur Verwaltungsgerichts-
ordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964
- Koehler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommen-
tar, Berlin und Frankfurt a.M. 1960
- Der maßgebliche Zeitpunkt für die
Beurteilung der verwaltungsgericht-
lichen Aufhebungsklage, DVBl 59, 650

Lerche	Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 54, 712
Linn	Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache, DVBl 56, 849
Löwer	Zur Problematik der Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO), MDR 63, 178
Lorenz	Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Hamburg 1952
Lüke	Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, JuS 67, 1
Mang	Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen erledigten Verwaltungsakt, BayVB1 55, 241
Mang - Maunz - Mayer - Obermayer	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., München 1968
Martens	Rechtsschutz gegen ablehnende Zweitbescheide, DVBl 63, 914
Maunz - Dürig	Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, München 1968
Mein	Zweifelsfragen zur einseitigen Erledigungserklärung, DRiZ 58, 47
Menger	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
-	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 48, 352
-	Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg vom 26.2.1953, DVBl 53, 445
Meyer	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz und erledigter Verwaltungsakt, DVBl 56, 190
Miesbach	Die Abänderung oder Ersetzung des angefochtenen Verwaltungsakts während des sozialgerichtlichen Verfahrens, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1958, 12
Müller, F.	Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, ZMR 52, 226
Müller, H.J.	Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 13.11.1961, NJW 62, 1077

- Müller, K. Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 113 Abs. 1 Satz 4), DÖV 65, 38
- Müller-Tochtermann Über die Rechtsnatur der einseitigen Erledigungserklärung, JR 58, 250
- Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach der Verwaltungsgerichtsordnung, VerwArch Bd. 53, 45
- Naumann, A. Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, Diss. Hamburg 1952
- Naumann, R. Anmerkung zum Urteil des Hess. VGH vom 15.9.1948, DV 49, 23
- Anmerkung zum Beschluß des OVG Lüneburg vom 16.5.1950, DVBl 50, 579
- Zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, DVBl 51, 140
- Neumann Rechtsnachfolge im Verwaltungsstreitverfahren beim Tode einer Partei, DVBl 58, 197
- Obermayer Die verwaltungsgerichtlichen Klagen, BayVB1 60, 208
- Oppermann Erledigung der Hauptsache und Gesetzesänderung während des Verwaltungsstreitverfahrens, DÖV 54, 211
- Redeker - v. Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., Stuttgart 1969
- Renck Feststellung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten, NJW 65, 1791
- Verwaltungsakt und Feststellungsklage, JuS 70, 113
- Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961
- Rupp Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: gelöste und ungelöste Probleme, AÖR Bd. 85, 301
- Schäfer Die Klagearten nach der VwGO, DVBl 60, 837
- Schenke Klage gegen erledigten Verwaltungsakt ohne Widerspruchsverfahren, BayVB1 69, 304

- Schiedermayr Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961
- Schlochauer Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR Bd. 79, 185
- Schober Anfechtungsklage und erledigter Verwaltungsakt, DÖV 66, 552
- Schüffner Der Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit eines erledigten Verwaltungsakts, DÖV 52, 455
- Schunck - de Clerck Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1967
- Schwab Die einseitige Erledigungserklärung, ZZP Bd. 72, 127
- Schwankhart Der Sinn des § 96 SGG - eine Erwiderung, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1956, 39
- Schweickhardt Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß, DÖV 65, 795
- Schweiger Die für die Entscheidung über die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage maßgebende Sach- und Rechtslage, DVBl 64, 205
- Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nach der jeweils gegenwärtigen Sach- und Rechtslage, NJW 67, 616
- Sigmund - Schultze Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl 63, 745
- Stein - Jonas - Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen
- Stich Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?, DVBl 60, 378
- Ule Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl., München und Berlin 1966
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln - Berlin - München - Bonn 1962
- Ule / Sellmann Der maßgebliche Zeitpunkt für die Sach- und Rechtslage bei Anfechtungsklagen, JuS 67, 308

- Widtmann Buchbesprechung zu "Einführung in
das bayerische Polizeirecht" von
Schiedermaier, JZ 62, 39
- Wieczorek Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
Berlin 1957
- Wittig Die Erledigung von Verwaltungsakten
vor Rechtshängigkeit einer Klage,
BayVBl 64, 394
- Wolff Kurzlehrbuch des Verwaltungsrechts,
Bd. I: 7. Aufl., München 1968
Bd. III: 2. Aufl., München und Ber-
lin 1967

Lebenslauf

Am 16. März 1943 wurde ich als Sohn des akademischen Bildhauers Franz Mikorey und dessen Ehefrau Elisabeth, geb. Knote, in München geboren.

Von 1949 bis 1953 besuchte ich vier Jahre die Volksschule in München-Solln. Im Juli 1962 machte ich das Abitur am humanistischen Theresien-Gymnasium in München.

Im Herbst 1962 immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Universität München. Nach neun Semestern, wovon ich das 5. Semester in Lausanne absolvierte, legte ich im Frühjahr 1967 die Erste juristische Staatsprüfung in München ab.

Am 5. Oktober 1967 wurde ich zum Rechtsreferendar ernannt. Augenblicklich befinde ich mich im letzten Ausbildungsabschnitt.

